متنه بدایه وشرحه هدایه متنه وشرحه لمولانا
برهان الدین علی بن ابی بکر المرغینانی رحمه الله
اکثر مافیه د جامع الصغیر والقدوری

کبیکج

مجموع سطر

اوراق
عددی
٤٠٧

سطر عددی
٢٧

سنت النبی علیه الصلاة والسلام
اللهم انا نسألك الجنة وما قرب الیها
من قول وعمل اللهم [illegible]
ونعوذ بك من النار وما قرب
الیها من قول وعمل انك انت المعتمد
برحمتك

[illegible]

فهرس كتاب الهداية

الحمد لله الذي أعلى معالم العلم وأعلامه • وأظهر شعائر الشرع وأحكامه • وبعث رسلا وأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين • إلى سبل الحق هادين • وأخلفهم علماء إلى سنن سننهم داعين • يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد • مسترشدين منه في ذلك وهو ولي الإرشاد • وخص أوائل المستنبطين بالتوفيق • حتى وضعوا المسائل من كل جلي ودقيق • غير أن الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل • يضيق عنها نطاق الموضوع • واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد • والاعتبار بالأمثال من صنعة الرجال • وهو الوقوف على المآخذ يعض عليها بالنواجذ • وقد جرى علي الوعد في مبدأ بداية المبتدي • أن أشرحها بتوفيق الله شرحا أرسمه بكفاية المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ • وحين أكاد أتكئ عنه اتكاء الفراغ تبينت فيه نبذا من الإطناب • وخشيت أن يهجر لأجله الكتاب • فصرفت العنان والعناية إلى شرح آخر موسوم بالهداية • أجمع فيه بتوفيق الله بين عيون الرواية ومتون الدراية • تاركا للزوائد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الإسهاب • مع ما أنه يشتمل على أصول ينسحب عليها فصول • وأسأل الله عز وجل أن يوفقني لإتمامها • ويختم لي بالسعادة بعد اختتامها • حتى إن من سمت همته إلى مزيد الوقوف يرغب في الأطول والأكبر • ومن أعجله الوقت عنه يقتصر على الأقصر والأصغر • وللناس فيما يعشقون مذاهب والفن خير كله • ثم سألني بعض إخواني أن أملي عليهم المجموع الثاني • فافتتحته مستعينا بالله في تحرير ما أقاوله متضرعا إليه في التيسير لما أحاوله إنه الميسر لكل عسير وهو على ما يشاء قدير • وبالإجابة جدير •

كتاب الطهارة

قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم الآية ففرض الطهارة غسل الأعضاء الثلاثة ومسح الرأس بهذا النص والغسل هو الإسالة والمسح هو الإصابة وحد الوجه من قصاص الشعر إلى أسفل الذقن وإلى شحمتي الأذن لأن المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إن الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في باب الصوم ولنا أن هذه الغاية لإسقاط ما وراءها إذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل وفي باب الصوم لمد الحكم إليها إذ الاسم يطلق على الإمساك ساعة والكعب هو العظم الناتئ هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الرأس مقدار الناصية وهو ربع الرأس لما روى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى سباطة قوم فبال وتوضأ ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة على الشافعي رحمه الله في التقدير بثلاث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض الروايات قدره بعض أصحابنا بثلاث أصابع من أصابع اليد لأنها أكثر ما هو الأصل في آلة المسح

فصل وسنن الطهارة غسل اليدين قبل إدخالهما الإناء إذا استيقظ المتوضئ من نومه لقوله عليه السلام إذا استيقظ أحدكم من منامه فلا يغمسن يده في الإناء حتى يغسلها ثلاثا فإنه لا يدري أين باتت يده ولأن اليد آلة التطهير فيسن البداية بتنظيفها وهذا الغسل إلى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف قال وتسمية الله تعالى في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم الله والمراد به نفي الفضيلة والأصح أنها مستحبة وإن سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح قال والسواك لأنه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالأصبع لأنه صلى الله عليه وسلم فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لأنه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته أن يمضمض ثلاثا يأخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي من وضوئه عليه السلام ومسح الأذنين وهو سنة بماء الرأس خلافا للشافعي لقوله عليه السلام الأذنان من الرأس والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره جبريل عليه السلام بذلك وقيل هو سنة عند أبي يوسف جائز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن السنة إكمال الفرض في محله وداخل اللحية ليس بمحل إقامة الفرض وتخليل الأصابع لقوله عليه السلام خللوا أصابعكم كي لا تتخللها نار جهنم ولأنه إكمال الفرض في محله وتكرار الغسل إلى الثلاث لأن النبي صلى الله عليه وسلم توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به وتوضأ مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الأجر مرتين وتوضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئي ووضوء الأنبياء من قبلي فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة ويستحب للمتوضئ أن ينوي الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي رحمه الله فرض لأنه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا أنه لا يقع قربة إلا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلاة لوقوعه طهارة باستعمال المطهر بخلاف التيمم لأن التراب غير مطهر إلا في حالة إرادة الصلاة أو هو ينبئ عن القصد قال ويستوعب رأسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي رحمه الله السنة التثليث بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول ولنا أن أنسا رضي الله عنه توضأ ثلاثا ثلاثا ومسح برأسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم

والذي يروى من التثليث محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه
ولأن المفروض هو المسح وبالتكرار يصير غسلا فلا يكون مسنونا فصار كمسح الخف بخلاف الغسل
لأنه لا يضره التكرار قال ويرتب الوضوء فيبدأ بما بدأ الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب في
الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي رحمه الله فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الآية والفاء للتعقيب
ولنا أن المذكور فيها حرف الواو وهو لمطلق الجمع بإجماع أهل اللغة فيقتضي إعقاب غسل جملة
الأعضاء والبداءة بالميامن فضيلة لقوله عليه السلام إن الله تعالى يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل
والترجل **فصل** في نواقض الوضوء المعاني الناقضة للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى
أو جاء أحد منكم من الغائط وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين
وكلمة ما عامة فتتناول المعتاد وغيره والدم والقيح إذا خرجا من البدن فتجاوزا إلى موضع يلحقه حكم
التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي رحمه الله الخارج من غير السبيلين لا ينقض الوضوء لما روي
عن النبي عليه السلام أنه قاء فلم يتوضأ ولأن غسل غير موضع الإصابة أمر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو
المخرج المعتاد ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وقوله عليه السلام من قاء أو رعف في صلاته
فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم ولأن خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة
وهذا القدر في الأصل معقول والاقتصار على الأعضاء الأربعة غير معقول لكنه يتعدى ضرورة
تعدي الأول غير أن الخروج إنما يتحقق بالسيلان إلى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء الفم في القيء لأن بزوال
القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين لأن ذلك الموضع ليس
بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج والفم ظاهر من وجه باطن من وجه
فاعتبر ظاهرا بملء الفم باطنا بما دونه وملء الفم أن يكون بحال لا يمكن ضبطه إلا بتكلف لأنه
يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا وقال زفر رحمه الله قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان
عنده اعتبارا بالمخرج المعتاد ولإطلاق قوله عليه السلام القلس حدث ولنا قوله عليه السلام
ليس في القطرة والقطرتين من الدم وضوء إلا أن يكون سائلا وقول علي رضي الله عنه حين
عد الأحداث جملة أو دسعة تملأ الفم وإذا تعارضت الأخبار يحمل ما رواه الشافعي رحمه الله
على القليل وما رواه زفر على الكثير والفرق بين المسلكين ما قدمناه ولو قاء متفرقا
بحيث لو جمع يملأ الفم فعند أبي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد رحمه الله اتحاد السبب وهو
الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وهو الصحيح
لأنه ليس بنجس حكما حيث لا ينتقض به الطهارة وهذا إذا قاء مرة أو طعاما أو ماء
فإن قاء بلغما فغير ناقض عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ناقض إذا كان ملء

الفم والخلاف في المرتقي من الجوف وأما النازل من الرأس فغير ناقض بالاتفاق لأن
الرأس ليس بموضع النجاسة لأبي يوسف رحمه الله أنه نجس بالمجاورة ولهما أنه لزج لا تتخلله
النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو علق يعتبر فيه
ملء الفم لأنه سوداء محترقة وإن كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله اعتبارا بسائر أنواعه
وعندهما إن سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وإن كان قليلا لأن المعدة ليست بمحل
الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الرأس إلى ما لان من الأنف نقض بالاتفاق
لوصوله إلى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق الخروج والنوم مضطجعا أو متكئا أو مستندا إلى شيء
لو أزيل لسقط لأن الاضطجاع سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة و
الثابت عادة كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الأرض ويبلغ
الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير أن السند يمنعه من السقوط بخلاف النوم حالة
القيام والقعود والركوع والسجود في الصلاة وغيرها هو الصحيح لأن بعض الاستمساك باق
إذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والأصل فيه قوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما أو
قاعدا أو راكعا أو ساجدا إنما الوضوء على من نام مضطجعا فإنه إذا نام مضطجعا استرخت
مفاصله والغلبة على العقل بالإغماء والجنون لأنه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والإغماء
حدث في الأحوال كلها وهو القياس في النوم إلا أنا عرفناه بالنص والإغماء فوقه
فلا يقاس عليه والقهقهة في كل صلاة ذات ركوع وسجود والقياس أنها لا تنقض وهو قول
الشافعي رحمه الله لأنه ليس بخارج نجس ولهذا لم يكن حدثا في صلاة الجنازة وسجدة
التلاوة وخارج الصلاة ولنا قوله صلى الله تعالى عليه وسلم ألا من ضحك منكم قهقهة
فليعد الوضوء والصلاة جميعا ومثله يترك به القياس والأثر ورد في صلاة مطلقة
فيقتصر عليها والقهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون
جيرانه وهو على ما قيل يفسد الصلاة دون الوضوء والدابة تخرج من الدبر ناقض
فإن خرجت من رأس الجرح أو سقط اللحم لا ينقض الوضوء والمراد بالدابة الدودة وهذا
لأن النجس ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فأشبه الجشاء
والفساء بخلاف الريح الخارجة من القبل والذكر لأنها لا تنبعث عن محل النجاسة
حتى لو كانت مفضاة يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فإن قشرت نفطة
فسال منها ماء أو صديد أو غيره إن سال عن رأس الجرح نقض وإن لم يسل لا ينقض
وقال زفر رحمه الله ينقض في الوجهين وقال الشافعي رحمه الله لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة

للخارج من السبيلين وهو بجملته نجسة لأن الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير صديدا
ثم يصير ماء هذا إذا قشرها فخرج بنفسه أما إذا عصرها فخرج بعصره لا ينقض لأنه مخرج وليس بخارج
فصل في الغسل وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق وغسل سائر البدن وعند الشافعي رحمه الله هما
سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة أي من السنة وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا
سنتين في الوضوء ولنا قوله تعالى وإن كنتم جنبا فاطهروا وهو أمر بتطهير جميع البدن إلا أن ما
يتعذر إيصال الماء إليه خارج بخلاف الوضوء لأن الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة
والمراد بما روي حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام إنهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنته
أن يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل النجاسة إن كانت على بدنه ثم يتوضأ وضوءه للصلاة
إلا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك المكان فيغسل رجليه هكذا
حكت ميمونة رضي الله عنها اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما يؤخر غسل رجليه لأنهما في مستنقع
الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر وإنما يبدأ بإزالة النجاسة الحقيقية كيلا
تزداد بإصابة الماء قال وليس على المرأة أن تنقض ضفائرها في الغسل إذا بلغ الماء أصول الشعر لقوله
عليه السلام لأم سلمة رضي الله عنها يكفيك إذا بلغ الماء أصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها
هو الصحيح بخلاف اللحية لأنه لا حرج في إيصال الماء إلى أثنائها قال والمعاني الموجبة للغسل إنزال
المني على وجه الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي رحمه الله
خروج المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء أي الغسل من المني ولنا
أن الأمر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال أجنب الرجل
إذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج عن شهوة ثم المعتبر عند أبي حنيفة ومحمد
رحمهما الله انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة وعند أبي يوسف ظهوره أيضا اعتبارا للخروج
بالمزايلة إذ الغسل يتعلق بهما ولهما أنه متى وجب من وجه فالاحتياط في الإيجاب قال والتقاء
الختانين من غير إنزال لقوله عليه السلام إذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل أنزل
أو لم ينزل ولأنه سبب للإنزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه
الإيلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون الفرج لأن
السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذا النفاس بالإجماع وسن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والإحرام نص على السنة وقيل هذه الأربعة بلغ
مستحبة وسمى محمد رحمه الله الغسل في يوم الجمعة حسنا في الأصل وقال مالك هو واجب
لقوله عليه السلام من أتى الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة فبها ونعمت ومن

ومن اغتسل فهو أفضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب أو على النسخ ثم هذا الغسل للصلاة عند أبي
يوسف رحمه الله وهو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص الطهارة بها وفيه خلاف
الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لأن فيهما الاجتماع فيستحب الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة وأما
في عرفة والإحرام فسنبينه في المناسك إن شاء الله تعالى وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء
لقوله عليه الصلاة والسلام كل فحل يمذي وفيه الوضوء والودي الغليظ من البول يتعقب الرقيق
منه خروجا فيكون معتبرا به والمني خاثر أبيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب إلى البياض يخرج
عند ملاعبة الرجل أهله والتفسير مأثور عن عائشة رضي الله عنها باب الماء الذي يجوز به
الوضوء وما لا يجوز الطهارة من الأحداث جائزة بماء السماء والأودية والعيون والآبار
والبحار لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا ولقوله عليه الصلاة والسلام الماء طهور لا ينجسه
شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه ومطلق الاسم يطلق على هذه المياه ولا يجوز بما اعتصر من الشجر و
ي الثمر لأنه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول إلى التيمم والوظيفة في هذه الأعضاء تعبدية فلا تتعدى
إلى غير المنصوص عليه أما الماء الذي يقطر من الكرم فيجوز التوضؤ به لأنه ماء خارج من غير علاج ذكره في جوامع
أبي يوسف رحمه الله وفي الكتاب إشارة إليه حيث شرط الاعتصار ولا يجوز بماء غلب عليه غيره
فأخرجه عن طبع الماء كالأشربة والخل وماء الورد وماء الباقلاء والمرق وماء الزردج لأنه لا يسمى
ماء مطلقا والمراد بماء الباقلاء وغيره ما تغير بالطبخ وإن تغير بدون الطبخ يجوز التوضؤ به وتجوز الطهارة
بماء خالطه شيء طاهر فغير أحد أوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به اللبن أو الزعفران
أو الصابون أو الأشنان قال رضي الله عنه أجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق والمروي
عن أبي يوسف رحمه الله أنه بمنزلة ماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي والإمام السرخسي
رحمهما الله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التوضؤ بماء الزعفران وأشباهه مما ليس من جنس الأرض لأنه
ماء مقيد ألا ترى أنه يقال ماء الزعفران بخلاف أجزاء الأرض لأن الماء لا يخلو عنها عادة ولنا
أن اسم الماء باق على الإطلاق ألا ترى أنه لم يتجدد له اسم على حدة وإضافته إلى الزعفران
كإضافته إلى البئر والعين ولأن الخلط القليل لا معتبر به لعدم إمكان الاحتراز عنه كما في
أجزاء الأرض فيعتبر الغالب والغلبة بالأجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح فإن تغير بالطبخ بعدما خلط
به غيره لا يجوز التوضؤ به لأنه لم يبق في معنى المنزل من السماء إذ النار غيرته إلا إذا طبخ فيه ما
يقصد به المبالغة في النظافة كالأشنان ونحوه لأن الميت يغسل بالماء الذي أغلي بالسدر بذلك
وردت السنة إلا أن يغلب ذلك على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه وكل
ماء وقعت النجاسة فيه لم يجز الوضوء به قليلا كانت النجاسة أو كثيرا وقال مالك رحمه الله يجوز ما لم يتغير

او صفاته لا تروبا وقال الشافعي يجوز ان كان الماء قلتين لقوله عليه الصلوة والسلام اذا
بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عليه السلام لا يبولن احدكم
في الماء الدائم ولا يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة
وماؤها كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي ضعفه ابو داود وهو يضعف عن احتمال
النجاسة والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان
الماء والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة
والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الآخر اذا وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء
من الجانب الآخر لان الظاهر ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر النجاسة ثم عن
ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف وعنه التحريك باليد وعن محمد
بالتوضي ووجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم قدروا بالمساحة عشرا
في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر
بالاغتراف هو الصحيح وقوله في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الآخر اشارة الى انه يتنجس موضع الوقوع
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يتنجس الا بظهور النجاسة فيه كالماء الجاري وموت ما ليس له نفس
سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب ونحوها وقال الشافعي رحمه الله
يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة آية النجاسة بخلاف دود الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة
ولنا قوله عليه السلام فيه هذا هو الحلال اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس اختلاط الدم المسفوح
باجزائه عند الموت حتى حل المذكى لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة ليست من ضرورتها النجاسة
كالطين وموت ما يعيش في الماء فيه لا يفسده كالسمك والضفدع والسرطان وقال الشافعي رحمه الله
يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال محها دما
ولا دم فيها اذ الدموي لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده
لانعدام المعدن وقيل لا يفسده لعدم الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري فيه سواء وقيل البري مفسد لوجود
الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي
المولد مفسد مسئلة الماء المستعمل لا يطهر الاحداث خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله هما
يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى كالقطوع وقال زفر وهو احد قولي الشافعي
رحمه الله ان كان المستعمل متوضيا فهو طهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر
حقيقة وباعتباره يكون الماء طاهرا وطهورا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء نجسا فقلنا
بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمهما

الله هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر لا يوجب التنجس الا انه اقيمت به قربة
فتغيرت صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو نجس لقوله عليه السلام
لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة الحكمية فيعتبر بماء
ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسته غليظة اعتبارا بالمستعمل في
الحقيقية وفي رواية ابي يوسف عنه وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو
ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن على وجه القربة قال رضي الله عنه هذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقيل هو قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد رحمه الله لا يصير مستعملا الا باقامة القربة لان
الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانها تزال بالقربة وابو يوسف رحمه الله يقول اسقاط
الفرض مؤثر ايضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو
صار مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده والجنب
اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده
لاسقاط الفرض والماء بحاله لعدم الامرين وعند محمد رحمه الله كلاهما طاهران الرجل لعدم اشتراط
الصب والماء لعدم نية القربة وعند ابي حنيفة رحمه الله كلاهما نجسان الماء لاسقاط الفرض
عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء وقيل عنده الرجل طاهر
لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت
الصلوة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله عليه السلام ايما اهاب دبغ فقد
طهر وهو بعمومه حجة على مالك في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة
باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي في جلد الكلب وليس الكلب
بنجس العين الا ترى انه ينتفع به حراسة واصطيادا بخلاف الخنزير لانه نجس العين اذ الهاء
في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا
عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا او تتريبا لان المقصود يحصل
به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكاة لانه يعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات
النجسة وكذلك يطهر لحمه وان لم يكن مأكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رحمه الله
نجس لانهما من اجزاء الميتة ولنا انه لا حياة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما
الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي رحمه الله
نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه ولنا ان عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته

فصل في البئر وإذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها بإجماع
السلف ومسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار دون القياس فإن وقعت فيها بعرة أو بعرتان من
الإبل والغنم لم تفسد الماء استحساناً والقياس أن تفسد لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان
أن الآبار التي في الفلوات ليست لها رؤوس حاجزة والمواشي تبعر حولها فتلقيها الريح فيها فجعل
القليل عفواً للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن أبي حنيفة رحمه الله وعليه
الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لأن الضرورة تشمل
الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة أو بعرتين قالوا ترمى البعرة ويشرب اللبن لمكان
الضرورة ولا يعفى القليل في الإناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه كالبئر في حق
البعرة والبعرتين وإن وقع فيها خرء الحمام والعصفور لا يفسده خلافاً للشافعي رحمه الله له أنه
استحال إلى نتن وفساد فأشبه خرء الدجاج ولنا إجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع
ورود الأمر بتطهيرها واستحالته لا إلى نتن رائحة فأشبه الحمأة فإن بالت فيها شاة نزح الماء كله
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا ينزح إلا إذا غلب على الماء فيخرج من أن يكون
طهوراً وأصله أن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما له أنه عليه السلام أمر العرنيين بشرب
أبوال الإبل وألبانها ولهما قوله عليه السلام استنزهوا من البول فإن عامة عذاب القبر
منه ولأنه يستحيل إلى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما روي أنه عليه السلام عرف
شفاءهم فيه وحياً ثم عند أبي حنيفة رحمه الله لا يحل شربه للتداوي لأنه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض
عن الحرمة وعند أبي يوسف رحمه الله يحل للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره
لطهارته عنده وإن ماتت فيها فأرة أو عصفورة أو صعوة أو سودانية أو سام أبرص
نزح منها عشرون دلواً إلى ثلاثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد إخراج الفأرة لحديث أنس رضي الله عنه
أنه قال في الفأرة إذا ماتت في البئر وأخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلواً والعصفورة
ونحوها تعادل الفأرة في الجثة فأخذت حكمها والعشرون بطريق الإيجاب والثلاثون بطريق الاستحباب
فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين أربعين دلواً إلى ستين وفي الجامع
الصغير أربعون أو خمسون وهو الأظهر لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال في الدجاجة
إذا ماتت في البئر ينزح منها أربعون دلواً وهذا لبيان الإيجاب والخمسون بطريق
الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به منها وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو
عظيم مرة مقدار عشرين دلواً جاز لحصول المقصود وإن ماتت فيها شاة أو آدمي أو كلب نزح
جميع ما فيها لأن ابن عباس وابن الزبير رضي الله عنهم أفتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي

في بئر زمزم فإن انتفخ الحيوان أو تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان أو كبر لانتشار
البلة في أجزاء الماء وإن كانت البئر معيناً لا يمكن نزحها أخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء و
طريق معرفته أن تحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر وينصب فيها قصبة ويجعل
لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلاً عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح
لكل قدر منها عشر دلاء وهذان الوجهان عن أبي يوسف وعن محمد مائتا دلو إلى
ثلاثمائة فكأنه بنى على ما شاهد في بلده وعن أبي حنيفة رحمه الله في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى
يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة
في أمر الماء وهذا أشبه بالفقه وإن وجدوا في البئر فأرة أو غيرها ولا يدرى متى وقعت و
لم تنتفخ ولم تتفسخ أعادوا صلاة يوم وليلة إذا كانوا توضؤوا منها وغسلوا كل شيء
أصابه ماؤها وإن كانت قد انتفخت أو تفسخت أعادوا صلاة ثلاثة أيام ولياليها وهذا عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا ليس عليهم إعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لأن اليقين لا يزال بالشك وصار كمن رأى
في ثوبه نجاسة لا يدري متى أصابته ولأبي حنيفة رحمه الله أن للموت سبباً ظاهراً وهو الوقوع
في الماء فيحال به عليه إلا أن الانتفاخ والتفسخ دليل التقادم فيقدر بالثلاث وعدم الانتفاخ
والتفسخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لأن ما دون ذلك ساعات لا يمكن
ضبطها وأما مسألة النجاسة فقد قال المعلى هي على الخلاف فيقدر بالثلاث في
البالي وبيوم وليلة في الطري ولو سلم فالثوب بمرأى عينه والبئر غائبة عن بصره
فيفترقان فصل في الأسآر وغيرها وعرق كل شيء معتبر بسؤره لأنهما يتولدان من لحمه فأخذ
أحدهما حكم صاحبه وسؤر الآدمي وما يؤكل لحمه طاهر لأن المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر
ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والنفساء والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل الإناء من
ولوغه ثلاثاً لقوله عليه الصلاة والسلام يغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثاً ولسانه يلاقي الماء
دون الإناء فلما تنجس الإناء فالماء أولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل
وهو حجة على الشافعي في اشتراط السبع ولأن ما يصيبه بوله يطهر بالثلاث فما يصيبه سؤره وهو
دونه أولى والأمر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الإسلام وسؤر الخنزير نجس لأنه نجس العين على
ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافاً للشافعي فيما سوى الكلب والخنزير لأن لحمها نجس ومنه
يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة طاهر مكروه وعن أبي يوسف رحمه الله أنه غير
مكروه لأن النبي عليه السلام كان يصغي لها الإناء فتشرب منه ثم يتوضأ به ولهما قوله عليه السلام
الهرة سبع والمراد به بيان الحكم دون الخلقة والصورة إلا أنه سقطت النجاسة لعلة الطواف

ما ينزح منها إلى أن تمتلئ
أو يرسل فيها

أبو حنيفة على مذهب

الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل
لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة
ثم شربت على فورها الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على
مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ويسقط اعتبار الصب للضرورة وسؤر الدجاجة المخلاة
مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره
لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبه المخلاة وعن ابي يوسف
انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية
وسؤر ما يسكن البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه
سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة قال وسؤر
البغل والحمار مشكوك فيه قيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب
على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل راسه وكذا
لبنه طاهر وان حرم وعرقه طاهر لا يمنع جواز الصلوة وان فحش وكذا سؤره وهو الاصح
ويروى نص عن محمد رح على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف
الصحابة رضوان الله عليهم في طهارته ونجاسته وعن ابي حنيفة رح انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة
والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته وان لم يجد غيرهما يتوضا بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال
زفر رح لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر
احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب وسؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده
في الصحيح لان كراهته لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رح يتوضا به ولا يتيمم
لحديث ليلة الجن ان النبي صلى الله عليه وسلم توضأ به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رح
يتيمم ولا يتوضا به وهو رواية عن ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي رح عملا باية التيمم لانها اقوى
او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد رح يتوضا به ويتيمم لان في
الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا قلنا ليلة الجن كانت غير واحدة
فلا يصح دعوى النسخ والحديث مشهور عملت به الصحابة رض وبمثله يزاد على الكتاب واما
الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ
المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا
يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة
يتوضا به لانه يحل شربه عنده وعند محمد رح لا يتوضا به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي

بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد ماء
وهو مسافر او خارج المصر بينه وبين المصر نحو الميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا
ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عليه السلام التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد
الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر
المسافة دون خوف الفوت لان التفريط ياتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض
يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في
زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او
بالاستعمال واعتبر الشافعي رحمه الله خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف
الجنب ان اغتسل بالماء ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج
المصر لما بينا ولو كان في المصر فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه
الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره قال و
التيمم ضربتان يمسح باحداهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم
ضربتان ضربة للوجه وضربة للذراعين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب
كيلا يصير مثلة ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا
يخلل الاصابع وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس
لما روي ان قوما جاؤوا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا
نجد الماء شهرا او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عليه السلام عليكم
بارضكم ويجوز التيمم عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله بكل ما كان من جنس الارض كالتراب
والرمل والحجر والجص والنورة والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف رح لا يجوز الا بالتراب والرمل
وقال الشافعي لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف رح لقوله تعالى فلم تجدوا ماء
فتيمموا صعيدا طيبا اي ترابا منبتا كذا قاله ابن عباس رض غير ان ابا يوسف زاد
عليه الرمل بالحديث الذي رويناه ولهما ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده
والطيب يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط
ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة
على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم
وقال زفر ليس بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا انه ينبئ
عن القصد فلا يتحقق دونه او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه

على ما مر وإن نوى الطهارة أو استباحة الصلاة أجزأه ولا تشترط نية التيمم للحدث أو للجنابة هو الصحيح
من المذهب فإن تيمم نصراني يريد به الإسلام ثم أسلم لم يكن متيمما عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
أبو يوسف رحمه الله هو متيمم لأنه نوى قربة مقصودة بخلاف التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لأنه ليس
بقربة مقصودة وبخلاف التيمم لدخول المسجد ولهما أن التراب ما جعل طهورا إلا في حال إرادة
قربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة والإسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لأنها
عبادة مقصودة لا تصح بدون الطهارة وإن توضأ لا يريد به الإسلام ثم أسلم فهو متوضئ خلافا
للشافعي رحمه الله بناء على اشتراط النية فإن تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم أسلم فهو على تيممه وقال زفر
بطل تيممه لأن الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح ولنا أن الباقي صفة
كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض على الوضوء وإنما لا يصح من الكافر ابتداء لعدم النية
وينقض التيمم كل شيء ينقض الوضوء لأنه خلف عنه فأخذ حكمه وينقضه أيضا رؤية الماء إذا قدر على
استعماله لأن القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب وخائف العدو
والسبع والعطش عاجز حكما والنائم عند أبي حنيفة قادر تقديرا والمراد ماء يكفي للوضوء لأنه لا معتبر
بما دونه ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم إلا بصعيد طاهر لأن الطيب أريد به الطاهر ولأنه آلة التطهير
فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه أن يؤخر الصلاة
إلى آخر الوقت فإن وجد الماء توضأ وإلا تيمم وصلى ليقع الأداء بأكمل الطهارتين فصار كالطامع في
الجماعة وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في غير رواية الأصول أن التأخير حتم لأن
غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر أن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه إلا بيقين مثله
ويصلي بتيممه ما شاء من الفرائض والنوافل وعند الشافعي رحمه الله يتيمم لكل فرض لأنه طهارة
ضرورية ولنا أنه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويجوز التيمم للصحيح في المصر إذا حضرت جنازة
والولي غيره فخاف إن اشتغل بالطهارة أن تفوته الصلاة لأنها لا تقضى فيتحقق العجز وكذا
من حضر العيد فخاف إن اشتغل بالطهارة أن تفوته الصلاة تيمم لأنها لا تعاد وقوله والولي
غيره إشارة إلى أنه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لأن للولي حق الإعادة
فلا فوات في حقه فإن أحدث الإمام أو المقتدي في صلاة العيد تيمم وبنى عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يتيمم للبناء لأن اللاحق يصلي بعد فراغ الإمام فلا يخاف الفوت وله أن الخوف
باق لأنه يوم زحمة فيعتريه عارض يفسد عليه صلاته والخلاف فيما إذا شرع بالوضوء ولو شرع
بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق لأنا لو أوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في صلاته فيفسد
صلاته ولا يتيمم للجمعة وإن خاف الفوت لو توضأ فإن أدرك الجمعة صلاها وإلا

صلى الظهر لأنها تفوت إلى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا إذا خاف فوت الوقت
لو توضأ لم يتيمم ويتوضأ ويقضي فائتة لأن الفوات إلى خلف وهو القضاء والمسافر إذا
نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله
يعيدها والخلاف فيما إذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره وذكره في الوقت وبعده سواء له
أنه واجد للماء فصار كما إذا كان في رحله ثوب فنسيه ولأن رحل المسافر معدن للماء عادة
فيفترض الطلب عليه ولهما أنه لا قدرة بدون العلم وهو المراد بالوجود وماء الرحل معد للشرب
لا للاستعمال ومسألة الثوب على الاختلاف ولو كان على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا إلى
خلف والطهارة بالماء تفوت إلى خلف وهو التيمم وليس على المتيمم طلب الماء إذا لم يغلب على ظنه أن بقربه
ماء لأن الغالب عدم الماء في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا للماء وإن
غلب على ظنه أن هناك ماء لم يجز أن يتيمم حتى يطلبه لأنه واجد للماء نظرا إلى الدليل ثم يطلب
مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وإن كان مع رفيقه ماء طلبه قبل
أن يتيمم حتى يطلبه لأنه واجد للماء نظرا إلى الدليل ثم يطلب مقدار الغلوة ولا يبلغ ميلا كيلا ينقطع
عن رفقته وإن كان مع رفيقه ماء طلبه قبل أن يتيمم لعدم المنع غالبا فإن منعه منه تيمم لتحقق
العجز ولو تيمم قبل الطلب أجزأه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يلزمه الطلب من ملك الغير وقالا
لا يجزيه لأن الماء مبذول عادة ولو أبى أن يعطيه إلا بثمن المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق
القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش لأن الضرر مسقط والله سبحانه وتعالى أعلم

باب المسح على الخفين

المسح على الخفين جائز بالسنة والأخبار فيه مستفيضة حتى قيل إن من لم يره كان مبتدعا لكن
من رآه ثم لم يمسح أخذا بالعزيمة كان مأجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء إذا لبسهما
على طهارة كاملة ثم أحدث خصه بحدث موجب للوضوء لأنه لا مسح من الجنابة على ما نبين إن
شاء الله تعالى وبحدث متأخر لأن الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة إذا
لبست ثم خرج الوقت والمتيمم إذا لبس ثم رأى الماء فإنهما يغسلان وقوله إذا لبسهما على طهارة
كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى لو غسل
رجليه ولبس خفيه ثم أكمل الطهارة ثم أحدث يجزيه المسح وهذا لأن الخف مانع حلول الحدث
بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك كان الخف رافعا ويجوز
للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلاثة أيام ولياليها لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر
ثلاثة أيام ولياليها قال وابتداؤها عقيب الحدث لأن الخف مانع سراية الحدث فيعتبر

من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالأصابع يبدأ من قبل الأصابع إلى الساق لحديث
المغيرة أن النبي صلى الله عليه وسلم وضع يديه على خفيه ومدهما من الأصابع إلى أعلاهما مسحة
واحدة وكأني أنظر إلى أثر المسح على خف رسول الله صلى الله عليه وسلم خطوطا بالأصابع ثم
المسح على الظاهر حتم حتى لا يجوز على باطن الخف وعقبه وساقه لأنه معدول به عن القياس
فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع والبداية من الأصابع استحباب اعتبارا بالأصل وهو الغسل
وفرض ذلك مقدار ثلاث أصابع من أصابع اليد وقال الكرخي من أصابع الرجل والأول
أصح اعتبارا لآلة المسح ولا يجوز المسح على خف فيه خرق كبير يبين منه مقدار ثلاث أصابع
من أصابع الرجل وإن كان أقل من ذلك جاز وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وإن قل
لأنه لما وجب غسل البادي يجب غسل الباقي لتعذر الجمع بينهما ولنا أن الخفاف لا تخلو عن
قليل خرق عادة فيلحقهم الحرج في النزع وتخلو عن الكبير فلا حرج والكبير أن ينكشف قدر ثلاث
أصابع من أصابع الرجل أصغرها هو الصحيح لأن الأصل في القدم هو الأصابع والثلاث أكثرها فقام مقام
الكل واعتبار الأصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الأنامل إذا كان لا ينفرج عند المشي
ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد ولا يجمع في خفين لأن
الخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر بخلاف النجاسة المتفرقة لأنه حامل للكل وانكشاف
العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل لحديث صفوان بن عسال
قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأمرنا إذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليها
إلا عن جنابة ولكن من بول أو غائط أو نوم ولأن الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج في
النزع بخلاف الحدث لأنه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لأنه بعض الوضوء
وينقضه أيضا نزع الخف لسراية الحدث إلى القدم حيث زال المانع وكذا نزع أحدهما
لتعذر الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا وإذا تمت المدة نزع
خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه إعادة بقية الوضوء وكذا إذا نزع قبل مضي المدة
لأن عند النزع يسري الحدث السابق لأنه لا معتبر به في حق المسح ومن ابتدأ المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام
يوم وليلة مسح ثلاثة أيام ولياليها عملا بإطلاق الحديث ولأنه حكم متعلق بالوقت فيعتبر
فيه آخره بخلاف ما إذا استكمل المدة ثم سافر لأن الحدث قد سرى إلى القدم والخف
ليس برافع ولو أقام وهو مسافر إن استكمل مدة الإقامة نزع لأن رخصة السفر لا تبقى
بدونه وإن لم يستكمل أتمها لأن هذه مدة الإقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق
فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فإنه يقول البدل لا يكون له بدل ولنا أن النبي

عليه السلام مسح على الجرموقين ولأنه تبع للخف استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو
بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف ما إذا لبس الجرموق بعد ما أحدث لأن الحدث حل بالخف فلا
يتحول إلى غيره ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لأنه لا يصلح بدلا عن الرجل إلا أن تنفذ
البلة إلى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكونا مجلدين أو منعلين
وقالا يجوز إذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم مسح على جوربيه
ولأنه يمكنه المشي فيه إذا كان ثخينا وهو أن يستمسك على الساق من غير أن يربط بشيء فأشبه
الخف وله أنه ليس في معنى الخف لأنه لا يمكن مواظبة المشي فيه إلا إذا كان منعلا وهو محمل الحديث
وعنه أنه رجع إلى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على العمامة والقلنسوة والبرقع و
القفازين لأنه لا حرج في نزع هذه الأشياء والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وإن
شدها على غير وضوء لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وأمر عليا رضي الله عنه به ولأن الحرج
فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان أولى بشرع المسح عليه ويكتفى بالمسح على أكثرها ذكره الحسن ولا
يتوقت لعدم التوقيف بالتوقيت فإن سقطت الجبيرة عن غير برء لم يبطل المسح لأن العذر قائم
والمسح عليها كالغسل لما تحتها ما دام العذر باقيا وإن سقطت عن برء بطل لزوال العذر وإن
كان في الصلاة استقبل لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل والله أعلم

باب الحيض والاستحاضة

أقل الحيض ثلاثة أيام ولياليها وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عليه السلام أقل الحيض للجارية
البكر والثيب ثلاثة أيام ولياليها وأكثره عشرة أيام ولياليها وهو حجة على الشافعي في التقدير
بيوم وليلة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يومان والأكثر من اليوم الثالث إقامة للأكثر مقام الكل قلنا
هذا نقص عن تقدير الشرع وأكثره عشرة أيام والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في
التقدير بخمسة عشر يوما ثم الزائد والناقص استحاضة لأن تقدير الشرع يمنع إلحاق غيره به وما تراه
المرأة من الحمرة والصفرة والكدرة في أيام الحيض فهو حيض حتى ترى البياض خالصا وقال أبو يوسف
لا تكون الكدرة حيضا إلا بعد الدم لأنه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة عن الصافي
ولهما ما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف إلا سماعا
وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر أولا كالجرة إذا ثقب أسفلها وأما الخضرة فالصحيح أن المرأة إذا
كانت من ذوات الأقراء يكون حيضا ويحمل على فساد المنبت ولا يكون حيضا والحيض يسقط
عن الحائض الصلاة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة لقول عائشة رضي الله
عنها كانت إحدانا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا طهرت من حيضها تقضي الصيام

ولا تقضي الصلوة وان كان في وقت الصلوة لحرج لسقوطها عنها ولا حرج في قضاء الصوم ولا دخول مسجد
كذا الجنب لقوله عليه السلام فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة
الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف بالبيت لان الطواف في المسجد ولانه بمنزلة الصلوة
لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عليه السلام
لا تقرأ الحائض ولا الجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون
الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم فيه سورة
من القرآن الا بصرة وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عليه السلام لا يمس القرآن الا
طاهر ثم الحدث والجنابة حلا البدن فيستويان في حكم المس والجنابة حلت الفم دون الحدث فيفترقان
في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه
بالكم وهو الصحيح لانه تابع بخلاف كتب الشريعة حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس بدفع
المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير حرجا بهم هذا هو الصحيح واذا
انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا
بد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع وان لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت صلوة بقدر ان تقدر
على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لان الصلوة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان
انقطع الدم دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في
العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل
لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة
الحيض فهو كالدم المتوالي قال رضي الله عنه هذه احدى الروايات عن ابي حنيفة ووجهه ان استيعاب الدم
مدة الحيض ليس بشرط بالاجماع فيعتبر اوله وآخره كالنصاب في باب الزكوة وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي
حنيفة وقيل هو آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كالدم المتوالي لانه طهر
فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة
عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي وانه لا يعرف الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه قد يمتد الى سنة و
سنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا استمر بها الدم فاحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض
ودم الاستحاضة كالرعاف الدائم لا يمنع الصوم والصلوة ولا الوطء لقوله عليه السلام توضئي وصلي
وان قطر الدم على الحصير واذا عرف حكم الصلوة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الاجماع ولو زاد
الدم على عشرة ايام ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة لقوله
عليه الصلوة والسلام المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة يجانس

في مدة ولا تزيد على عشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر
والباقي استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا يخرج عنه بالشك والمستحاضة ومن به سلس
البول والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤن لوقت كل صلوة فيصلون بذلك الوضوء
في الوقت ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي تتوضأ المستحاضة لكل مكتوبة
لقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لكل صلوة ولان اعتبار طهارتها ضرورة اداء المكتوبة فلا
تبقى بعد الفراغ منها ولنا قوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلوة وهو المراد بالاول
لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلوة الظهر اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء
تيسيرا فيدار الحكم عليه فاذا خرج الوقت بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلوة اخرى
وهذا عند علمائنا الثلثة وقال زفر استأنفوا اذا دخل الوقت فان توضؤوا حين تطلع
الشمس اجزأهم حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
وزفر رحمهما الله اجزأهم حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج
الوقت اي عنده بالحدث السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله عند زفر رحمه الله
وباييهما كان عند ابي يوسف وفائدة الاختلاف لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال
كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس لزفر ان اعتبار الطهارة مع المنافي للحاجة الى الاداء
ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر ولابي يوسف ان الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر
قبله وبعده ولهما انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن من الاداء كما دخل الوقت
وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده والمراد بالوقت وقت
المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلوة العيد له ان يصلي الظهر به عندهما وهو الصحيح لانه
بمنزلة صلوة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته واخرى فيه للعصر فعندهما ليس له ان
يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة هي التي لا يمضي عليها وقت صلوة
الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذلك كل من هو في معناها وهو من ذكرناه
ومن به استطلاق البطن وانفلات الريح لان الضرورة بهذا تتحقق وهي تعم الكل
فصل في النفاس النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة لانه ماخوذ من تنفس
الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم الذي تراه الحامل ابتداء
او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال الشافعي حيض
اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم ولنا ان بالحبل ينسد فم الرحم كذا العادة و
النفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد فيما روي

عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه يتبلج فيتنفس والسقط الذي استبان بعض خلقه ولد
حتى تصير المرأة به نفساء وتصير الامة به ام ولد وكذا العدة تنقضي به واقل النفاس لا حد له لان
تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما عليه بخلاف الحيض واكثره
اربعون يوما والزائد استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم وقت
للنفساء اربعين يوما وهو حجة على الشافعي في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين
وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم تكن
لها عادة فابتداء نفاسها اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن
واحد فنفاسها من الولد الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان كان بين الولدين اربعون
يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الاخير وهو قول زفر رحمه الله لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير
نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي العدة بالولد الاخير ولهما ان الحامل انما لا تحيض
لانسداد فم الرحم على ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت
بوضع كل ما في البطن اضافة اليه فيتناول الجميع والله اعلم باب الانجاس وتطهيرها
وتطهير النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى
وثيابك فطهر وقوله عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في الثوب
وجب التطهير في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز تطهيرها بالماء
وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوه مما اذا عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس
لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس ترك في الماء للضرورة ولهما ان المائع قالع والطهورية
بعلة القلع والازالة والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب
لا يفرق بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه
انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصاب الخف نجاسة لها جرم كالروث والعذرة
والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله لا يجوز وهو القياس
الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف والدلك بخلاف المني على ما نذكره ولهما
قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته
لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليل ثم يجتذبه الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا
يجوز حتى يغسله لان المسح بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا مسحه بالارض حتى لم
يبق اثر النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا رحمهم الله فان اصاب

فان اصاب الثوب بول فيبس لم يجزه الا الغسل وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا
جاذب يجذبها وقيل ما يتصل به من الرمل والرماد جرم له والثوب لا يجزي فيه الا الغسل والمني نجس يجب
غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها
فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي رحمه الله المني طاهر والحجة عليه ما
رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها المني ولو اصاب البدن قال
مشايخنا رحمهم الله يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل
لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت
المرآة او السيف اكتفى بمسحهما لانه لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان
اصابت الارض نجاسة فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال
زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لانه لم يوجد المزيل ولهذا لا يجوز التيمم به ولنا قوله عليه السلام
ذكاة الارض يبسها وانما لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت
بالحديث وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة المغلظة كالدم والبول والخمر وخرء الدجاج وبول الحمار
جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رحمهما الله قليل النجاسة وكثيرها سواء لان النص
الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا
من موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح
ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما
ان الاولى في الرقيق والثانية في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها
ثبتت بدليل مقطوع به وان كان مخففا كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع
الثوب يروى ذلك عن ابي حنيفة رحمه الله لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع ملحق بالكل في حق بعض
الاحكام وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابه كالذيل
والدخريص وعن ابي يوسف رحمه الله شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لمكان
الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين واذا اصاب الثوب من الروث
او من اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه عند ابي حنيفة رحمه الله لان النص الوارد في
نجاسته وهو ما روي ان النبي عليه السلام رمى بالروثة وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا
يثبت التغليظ عنده والتخفيف بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا و
بهذا يثبت التخفيف عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف
بول الحمار لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى يطهر

وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها الا الغسل م

بالمسح فتكفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما فوافق أبا حنيفة في غير المأكول ووافقهما في المأكول وعن محمد رحمه الله أنه لما دخل الري ورأى البلوى أفتى بأن الكثير الفاحش لا يمنع أيضا وقاسوا عليه طين بخارى وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وإن أصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد لا يمنع وإن فحش لأن بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده ومخفف نجاسته عند أبي يوسف رحمه الله ولحم الفرس مأكول عندهما وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فالتخفيف لتعارض الآثار وإن أصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من سباع الطير أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تجوز وقد قيل إن الاختلاف في النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الأصح هو يقول إن التخفيف للضرورة ولا ضرورة لعدم المخالطة فلا يخفف ولهما أنها تذرق من الهواء والتحامي عنه متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع في الإناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الأواني عنه وإن أصابه من دم السمك أو من لعاب البغل والحمار أكثر من قدر الدرهم أجزأت الصلاة فيه أما دم السمك فلأنه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اعتبر فيه الكثير الفاحش فاعتبره نجسا وأما لعاب البغل والحمار فلأنه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر وإن انتضح عليه البول مثل رؤوس الإبر فذلك ليس بشيء لأنه لا يستطاع الامتناع عنه والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارتها زوال عينها لأن النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها إلا أن يبقى من أثرها ما يشق إزالته لأن الحرج مدفوع وهذا يشير إلى أنه لا يشترط الغسل بعد زوال العين وإن زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارتها أن يغسل حتى يغلب على ظن الغاسل أنه قد طهر لأن التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله فاعتبر غالب الظن كما في أمر القبلة وإنما قدروا بالثلاث لأن غالب الظن يحصل عنده فأقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لأنه هو المستخرج

فصل في الاستنجاء الاستنجاء سنة لأن النبي عليه السلام واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لأن المقصود هو الإنقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رحمه الله لا بد من الثلث لقوله عليه السلام وليستنج بثلاثة أحجار ولنا قوله عليه السلام من استجمر فليوتر فمن فعل فحسن ومن لا فلا حرج والإيتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فإنه لو استنجى بحجر له ثلاثة أحرف جاز بالإجماع وغسله بالماء أفضل لقوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا نزلت الآية في أقوام كانوا يتبعون الحجارة الماء ثم هو أدب وقيل هو سنة في زماننا ويستعمل الماء إلى أن يقع في غالب ظنه أنه قد طهر ولا يقدر بالمرات إلا إذا كان موسوسا فيقدر بالثلاث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز إلا الماء وفي بعض النسخ إلا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير العضو بغير الماء على ما بيناه وهذا لأن المسح غير مزيل إلا أنه اكتفي به في موضع الاستنجاء فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رحمه الله مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع ولا يستنجي بعظم ولا بروث لأن النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لأنه إضاعة وإسراف ولا بيمينه لأن النبي عليه السلام نهى عن الاستنجاء باليمين

كتاب الصلوة باب المواقيت

أول وقت الفجر إذا طلع الفجر الثاني وهو البياض المعترض في الأفق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث إمامة جبريل عليه السلام فإنه أم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها في اليوم الأول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين أسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولأمتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عليه السلام لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل وإنما الفجر المستطير في الأفق أي المنتشر فيه وأول وقت الظهر إذا زالت الشمس لإمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند أبي حنيفة رحمه الله إذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا إذا صار الظل مثله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للأشياء وقت الزوال لهما إمامة جبريل عليه السلام في اليوم الأول في هذا الوقت ولأبي حنيفة قوله عليه السلام أبردوا بالظهر فإن شدة الحر من فيح جهنم وأشد الحر في ديارهم في هذا الوقت وإذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك وأول وقت العصر إذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عليه السلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدركها وأول وقت المغرب إذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رحمه الله مقدار ما يصلي فيه ثلث ركعات لأن جبريل عليه السلام أم في اليومين في وقت واحد ولنا قوله عليه السلام أول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخره حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الأفق بعد الحمرة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو الحمرة وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام الشفق هو الحمرة ولقوله عليه السلام وآخر وقت المغرب إذا اسود الأفق وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما ذكره مالك في الموطأ وفيه اختلاف الصحابة رضوان الله عليهم وأول وقت العشاء إذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رحمه الله في تقديره بذهاب ثلث الليل وأول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عليه السلام في الوتر فصلوها ما بين العشاء إلى طلوع الفجر قال رضي الله عنه هذا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله وقته وقت العشاء إلا أنه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب

فصل ويستحب الإسفار بالفجر

لقوله عليه السلام أسفروا بالفجر فإنه أعظم للأجر وقال الشافعي يستحب التعجيل في كل صلاة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه والإبراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية أنس رضي الله عنه قال كان النبي عليه السلام إذا كان في الشتاء بكر بالظهر وإذا كان في الصيف أبرد بها وتأخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو أن يصير بحال لا تحار فيه الأعين هو الصحيح والتأخير إليه مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عليه السلام لا تزال أمتي بخير ما عجلوا المغرب وأخروا العشاء وتأخير العشاء إلى ما قبل ثلث الليل لقوله عليه السلام لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل ولأن فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف يعجل كيلا تتقلل الجماعة والتأخير إلى نصف الليل مباح لأن دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الإباحة وإلى النصف الأخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله قال ويستحب في الوتر لمن يألف صلاة الليل أن يؤخر الوتر إلى آخر الليل فإن لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم لقوله عليه السلام من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر أوله ومن طمع أن يقوم آخر الليل فليوتر آخره فإذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تأخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لأن في تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تأخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لأن تلك المدة مديدة وعن أبي حنيفة رحمه الله التأخير في الكل للاحتياط ألا ترى أنه يجوز الأداء بعد الوقت لا قبله

فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال ثلاثة أوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيفت للغروب حتى تغرب والمراد بقوله وأن نقبر صلاة الجنازة لأن الدفن غير مكروه والحديث بإطلاقه حجة على الشافعي في تخصيص الفرائض وبمكة على أبي يوسف في إباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال ولا صلاة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لأنها في معنى الصلاة إلا عصر يومه عند الغروب لأن السبب هو الجزء القائم من الوقت لأنه لو تعلق بالكل لوجب الأداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في آخر الوقت قاض وإذا كان كذلك فقد أداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لأنها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص قال رضي الله عنه والمراد بالنفي المذكور في صلاة جنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه أو تلا فيه سجدة فسجدها جاز لأنها أديت ناقصة كما وجبت إذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة قال ويكره أن يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ولا بأس بأن يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لأن الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم تظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهرت في حق المنذور لأنه تعلق وجوبه بسبب من جهته وفي حق ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم أفسده لأن الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة المؤدى قال ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأنه عليه السلام لم يزد عليهما مع حرصه على الصلاة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير المغرب ولا إذا خرج الإمام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يفرغ من خطبته لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة

باب الأذان

الأذان سنة للصلوات الخمس والجمعة دون ما سواها للنقل المتواتر وصفة الأذان معروفة وهو كما أذن الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد ما خفض بهما وقال الشافعي فيه ذلك لحديث أبي محذورة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام أمره بالترجيع ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لأن بلالا رضي الله عنه قال الصلاة خير من النوم مرتين حين وجد النبي عليه السلام راقدا فقال عليه السلام ما أحسن هذا اجعله في أذانك وخص الفجر به لأنه وقت نوم وغفلة والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة على الشافعي في قوله إنها فرادى فرادى إلا قوله قد قامت الصلاة ويترسل في الأذان ويحدر في الإقامة لقوله عليه السلام لبلال إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لأن الملك النازل من السماء أذن مستقبل القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفته السنة ويحول وجهه للصلاة والفلاح يمنة ويسرة لأنه خطاب للقوم فيواجههم به وإن استدار في صومعته فحسن ومراده إذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة بأن كانت الصومعة متسعة فأما من غير حاجة فلا والأفضل للمؤذن أن يجعل إصبعيه في أذنيه بذلك أمر النبي عليه السلام بلالا ولأنه أبلغ في الإعلام وإن لم يفعل فحسن لأنها ليست بسنة أصلية والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة حسن وكره في سائر الصلوات ومعناه العود إلى الإعلام بعد الإعلام وهو على حسب ما تعارفوه وهذا تثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رضي الله عنهم لتغير أحوال الناس وخصوا الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها السلام عليك أيها الأمير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله واستبعده محمد لأن الناس سواسية في أمر الجماعة وأبو يوسف خصهم بذلك لزيادة اشتغالهم بأمور المسلمين

[illegible] ويجلس بين الاذان والاقامة الا في المغرب عند ابي حنيفة رح لانه لا بد من الفصل اذ الوصل مكروه ولا يقع الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيفصل بجلسة كالجلسة بين الخطبتين ولابي حنيفة ان التأخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي يفصل بركعتين اعتبارا بسائر الصلوات والفرق قد ذكرناه وقال يعقوب رأيت ابا حنيفة يؤذن في المغرب ويقيم ولا يجلس فيفيد ما قلنا وان المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عليه السلام ويؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لان النبي عليه السلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة فان فاتته صلوات اذن للاولى واقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي ان شاء اذن واقام ليكون القضاء على حسب الاداء وان شاء اقتصر على الاقامة لان الاذان للاستحضار وهم حضور قال رضي الله عنه وعن محمد انه يقيم لما بعدها قالوا يجوز ان يكون هذا قولهم جميعا وينبغي ان يؤذن ويقيم على طهر فان اذن على غير وضوء جاز لانه ذكر وليس بصلوة فكان الوضوء فيه مستحبا كما في القراءة ويكره ان يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الاقامة والصلوة ويروى انه لا تكره الاقامة ايضا لانه احد الاذانين ويروى انه يكره الاذان ايضا لانه يصير داعيا الى ما لا يجيب ويكره ان يؤذن وهو جنب رواية واحدة ووجه الفرق على احدى الروايتين وهو ان للاذان شبها بالصلوة فيشترط الطهارة عن اغلظ الحدثين دون اخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير اذا اذن واقام على غير وضوء لا يعيد والجنب احب الي ان يعيد وان لم يعد اجزأه اما الاول فلخفة الحدث واما الثاني ففي الاعادة بسبب الجنابة روايتان والاشبه ان يعاد الاذان ولا يعاد الاقامة لان تكرار الاذان مشروع دون الاقامة وقوله وان لم يعد اجزأه يعني الصلوة لانها جائزة بدون الاذان والاقامة وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب ان يعاد ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلوة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لان الاذان للاعلام وقبل الوقت تجهيل وقال ابو يوسف وهو قول الشافعي يجوز للفجر في النصف الاخير من الليل لتوارث اهل الحرمين والحجة على الكل قوله عليه السلام لبلال لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه عرضا والمسافر يؤذن ويقيم لقوله عليه السلام لابني ابي مليكة رضي الله عنهما اذا سافرتما فاذنا واقيما فان تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالاقامة جاز لان الاذان لاستحضار الغائبين والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون فان صلى في بيته في المصر يصلي باذان واقامة ليكون الاداء على هيئة الجماعة وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رضي الله عنه اذان الحي يكفينا والفرق بين المسافر والمصلي في المنزل في المصر [illegible] باب شروط الصلوة

التي تقدمها يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه قال الله تعالى وثيابك فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلوة وقوله عليه السلام لا صلوة لحائض الا بخمار وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عليه السلام عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة خلافا لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عليه السلام الركبة من العورة وبدن الحرة كلها عورة الا وجهها وكفيها لقوله عليه السلام المرأة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء بابدائهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة وهو الاصح فان صلت وربع ساقها او ثلثه مكشوف تعيد الصلوة عند ابي حنيفة ومحمد وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل منه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه روايتان ولهما ان الربع يحكي حكاية الكل كما في مسح الرأس والحلق في الاحرام ومن رأى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو على حدة والمراد به النازل من الرأس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجل فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها عورة وما سوى ذلك من بدنها ليس بعورة لقول عمر رضي الله عنه القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج ومن لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها ولم يعد وهذا على وجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه ولو صلى عريانا لا يجزئه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وهو احد قولي الشافعي لان في الصلوة فيه ترك فرض واحد وفي الصلوة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة وابي يوسف يتخير بين ان يصلي عريانا وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلوة حالة الاختيار ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلوة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلوة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا صلى عريانا قاعدا يومئ بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله

فان صلى قائما اجزأه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان
فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلوة وحق الناس ولانه
لا خلف له والايماء خلف عن الاركان قال وينوي الصلوة التي يدخل فيها بنية لا يفصل
بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلوة بالقيام
وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدم من النية على التكبير كالقائم
عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلوة ولا عبرة بالمتأخرة منها عنه لان ما مضى
لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم
بقلبه اي صلوة يصلي اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلوة
نفلا يكفيه مطلق النية وكذلك ان كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا فلا بد من تعيين
الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا بغيره ينوي الصلوة ومتابعته لانه
يلزمه فساد الصلوة من جهة الامام فلا بد من التزامه قال ويستقبل القبلة لقوله تعالى فولوا وجوهكم
شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف
بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه قال فان اشتبهت
عليه القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة رضي الله عنهم تحروا وصلوا ولم ينكر
عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل فوقه والاستخبار فوق
التحري فان علم انه اخطأ بعدما صلى لا يعيدها وقال الشافعي يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطأ
ونحن نقول ليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك وهو في
الصلوة استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم في الصلوة واستحسنه
النبي عليه السلام وكذا اذا تحول رأيه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض
المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه وصلى
كل واحد منهم الى جهة وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزأهم لوجود التوجه الى جهة التحري وهذه
المخالفة غير مانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه تفسد صلوته لانه اعتقد امامه
على الخطأ وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام باب صفة الصلوة
فرائض الصلوة ستة التحريمة لقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح والقيام لقوله تعالى
وقوموا لله قانتين والقراءة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والركوع والسجود لقوله تعالى
اركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد لقوله عليه السلام لابن مسعود رضي الله عنه
حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك علق التمام بالفعل قرأ

او لم يقرأ وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات كقراءة الفاتحة وضم السورة اليها
ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال والقعدة الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت
في الوتر وتكبيرات العيدين والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا تجب سجدتا
السهو بتركها هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لانه ثبت وجوبها بالسنة قال واذا
شرع في الصلوة كبر لما تلونا وقال عليه السلام تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي رح
حتى ان من تحرم للفرض كان له ان يؤدي بها التطوع عندنا وهو يقول انه يشترط لها ما يشترط للاركان
وهذا آية الركنية ولنا انه عطف الصلوة عليه في النص ومقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر
كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من القيام قال ويرفع يديه مع التكبير و
هو سنة لان النبي عليه السلام واظب عليه وهذا اللفظ يشير الى اشتراط المقارنة وهو المروي
عن ابي يوسف والمحكي عن الطحاوي والاصح انه يرفع يديه اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غيره تعالى
والنفي مقدم على الاثبات ويرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي يرفع الى منكبيه
وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد والجنازة له حديث ابي حميد الساعدي قال كان النبي عليه السلام
اذا كبر رفع يديه الى منكبيه ولنا رواية وائل والبراء بن عازب وانس رضي الله عنهم ان النبي عليه السلام
كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه يحمل
على حالة العذر والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها وان قال بدل التكبير الله
اجل او الله اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه عند ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا الله اكبر او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي رح لا يجوز الا
بالاولين وقال مالك رح لا يجوز الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي رح يقول
ادخال الالف واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف رح يقول ان افعل وفعيلا
في صفات الله تعالى سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى ولهما ان التكبير هو التعظيم
لغة وهو حاصل قال وان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى
بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة وان لم يحسن
العربية اجزأه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة رح في العربية ومع ابي يوسف رح
في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في القراءة فوجه قولهما
ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفي بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان
الذكر يحصل بكل لسان ولابي حنيفة رح قوله تعالى وانه لفي زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة
ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته السنة المتوارثة ويجوز بأي لسان كان سوى

سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في
الاعتداد ولا خلاف انه لا فساد ويروى رجوعه في أصل المسألة إلى قولهما وعليه الاعتماد
والخطبة والتسمية والتشهد على هذا الاختلاف وفي الأذان يعتبر التعارف ولو افتتح
الصلوة باللهم اغفر لي لا يجوز لأنه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم
فقد قيل يجزيه لأن معناه يا الله وقيل لا يجزيه لأن معناه يا الله آمنا بخير فكان سؤالا
قال ويعتمد بيده اليمنى على اليسرى تحت السرة لقوله عليه السلام إن من السنة وضع اليمين
على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك رحمه الله في الإرسال وعلى الشافعي في الوضع على الصدر
ولأن الوضع تحت السرة أقرب إلى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله حتى لا يرسل حالة الثناء والأصل أن كل قيام فيه ذكر مسنون يعتمد فيه
وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في القومة وبين تكبيرات
الأعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يضم إليه قوله إني وجهت
وجهي إلى آخره لرواية علي رضي الله عنه أنه عليه السلام كان يقول ذلك ولهما رواية أنس رضي الله عنه
أن النبي عليه السلام كان إذا افتتح الصلوة كبر وقرأ سبحانك اللهم وبحمدك إلى آخره ولم يزد على هذا
وما رواه محمول على التهجد وقوله وجل ثناؤك لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والأولى
أن لا يأتي بالتوجه قبل التكبير لتتصل النية به هو الصحيح قال ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم
لقوله تعالى فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم معناه إذا أردت قراءة القرآن
والأولى أن يقول أستعيذ بالله ليوافق القرآن ويقرب منه أعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة
دون الثناء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن
تكبيرات العيد ويقرأ بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رضي الله عنه
أربع يخفيهن الإمام وذكر منها التعوذ والتسمية وآمين وقال الشافعي يجهر بالتسمية عند الجهر
بالقراءة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم جهر في صلوته بالتسمية قلنا هو محمول على التعليم لأن
أنسا رضي الله عنه أخبر أنه عليه السلام كان لا يجهر بها ثم عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يأتي بها في أول كل ركعة
كالتعوذ وعنه أنه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة
إلا عند محمد رحمه الله فإنه يأتي بها في صلوة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة معها أو ثلاث آيات
من أي سورة شاء فقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة إليها خلافا للشافعي رحمه الله في
الفاتحة ولمالك فيهما له قوله عليه السلام لا صلوة إلا بفاتحة الكتاب وسورة معها وللشافعي
قوله عليه السلام لا صلوة إلا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر

الواحد لا تجوز لكنه يوجب العمل فقلنا بوجوبهما وإذا قال الإمام ولا الضالين قال آمين
ويقولها المؤتم لقوله عليه السلام إذا أمن الإمام فأمنوا ولا متمسك لمالك رحمه الله في قوله عليه السلام إذا قال الإمام
ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لأنه قال في آخره فإن الإمام يقولها قال ويخفونها
لما روينا من حديث ابن مسعود رضي الله عنه ولأنه دعاء فيكون مبناه على الإخفاء والمد والقصر فيه
وجهان والتشديد فيه خطأ فاحش قال ثم يكبر ويركع وفي الجامع الصغير ويكبر مع الانحطاط لأن النبي عليه السلام
كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف التكبير حذفا لأن المد في أوله خطأ من حيث الدين لكونه
استفهاما وفي آخره لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين أصابعه لقوله عليه السلام
لأنس إذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين أصابعك ولا يندب إلى التفريج إلا في هذه الحالة
ليكون أمكن من الأخذ ولا إلى الضم إلا في حالة السجود وفيما وراء ذلك يترك على العادة
قال ويبسط ظهره لأن النبي عليه السلام كان إذا ركع بسط ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لأن النبي
عليه السلام كان إذا ركع لا يصوب رأسه ولا يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلاثا
وذلك أدناه أي أدنى كمال الجمع ثم يرفع رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك
الحمد ولا يقولها الإمام عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقولها في نفسه لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي عليه السلام
كان يجمع بين الذكرين ولأنه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عليه السلام إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده
فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وإنها تنافي الشركة ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا
للشافعي رحمه الله ولأنه يقع تحميده بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الإمامة وما رواه
محمول على حالة الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الأصح وإن كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى بالتحميد والإمام بالدلالة عليه
[illegible] قال ثم إذا استوى قائما كبر وسجد أما التكبير والسجود فلما بينا وأما الاستواء قائما فليس [illegible]
وكذا الجلسة بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
أبو يوسف رحمه الله يفترض ذلك كله وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام قم فصل فإنك لم تصل قاله
لأعرابي حين أخف الصلوة ولهما أن الركوع هو الانحناء والسجود هو الانخفاض لغة
فتتعلق الركنية بالأدنى فيهما وكذا في الانتقال إذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي تسميته
إياه صلوة حيث قال وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم القومة والجلسة
سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي واجبة حتى تجب سجدتا السهو
بتركها عنده ويعتمد بيديه على الأرض لأن وائل بن حجر رضي الله عنه وصف صلوة رسول الله صلى الله عليه وسلم
فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته قال ووضع وجهه بين كفيه ويديه حذاء أذنيه
لما روي أنه عليه السلام فعل كذلك ويسجد على أنفه وجبهته لأن النبي عليه السلام واظب عليه فإن اقتصر

على العدم جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية
لقوله عم امرت ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة ان السجود يتحقق
بوضع بعض الوجه وهو المامور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور فيما روي الوجه في المشهور
ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق السجود بدونهما واما وضع القدمين فقد ذكره
القدوري انه فريضة في السجود فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي عليه السلام
كان يسجد على كور عمامته ويروى انه عم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها
ويبدي ضبعيه لقوله عم وابد ضبعيك ويروى وابدّ من الابداد وهو المد والاول من الابداء
وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه عم كان اذا سجد جافى حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر
بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة
لقوله عم اذا سجد المؤمن سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في
سجوده سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عم واذا سجد احدكم فليقل في سجوده
سبحان ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في الركوع
والسجود بعد ان يختم بالوتر لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يختم بالوتر وان كان اماما لا يزيد على وجه
يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود سنة لان النص تناولهما دون
تسبيحهما فلا يزاد على النص [illegible] في سجوده [illegible] لان ذلك بمنزلة [illegible]
يرفع رأسه ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لحديث الاعرابي ثم [illegible]
يستوي قائما ولو لم يستو قائما وسجد اخرى جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقد ذكرناه [illegible]
الرفع والقيام [illegible] وان كان الى السجود اقرب لا يجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس اقرب جاز
لانه يعد جالسا فتتحقق الثانية فاذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه
ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الارض وقال الشافعي يجلس جلسة خفيفة ثم ينهض معتمدا لما روي انه عم
فعل كذلك ولنا حديث ابي هريرة ان النبي عليه السلام كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه
وما رواه محمول على حالة الكبر ولان هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في
الثانية مثل ما فعل في الركعة الاولى لانه تكرار الاركان الا انه لا يستفتح ولا يتعوذ لانهما لم يشرعا الا مرة
ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الاولى خلافا للشافعي في الركوع والرفع منه لقوله عليه السلام لا ترفع
الايدي الا في سبع مواطن تكبيرة الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الاربع في
الحج والذي يروى من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير واذا رفع رأسه من السجدة
الثانية في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه اصابعه نحو القبلة

هكذا وصفت عائشة رضي الله عنها قعود رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلوة ووضع يديه على فخذيه
وبسط اصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل [illegible] ولان فيه توجيه اصابع يديه الى
القبلة وان كانت المرأة جلست على اليتها اليسرى واخرجت رجليها من الجانب الايمن لانه استر لها
والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك ايها النبي الى اخره وهذا تشهد عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه فانه قال اخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن
وقال قل التحيات لله الى اخره والاخذ بهذا اولى من الاخذ بتشهد ابن عباس رضي الله عنهما وهو قوله التحيات المباركات
الصلوات الطيبات لله سلام عليك ايها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين الى
اخره لان فيه الامر واقله الاستحباب والالف واللام في السلام وهما للاستغراق وزيادة الواو
الكلام كما في القسم وتاكيد التعليم ولا يزيد على هذا في القعدة الاولى لقول ابن مسعود رضي الله عنه
علمني رسول الله [illegible] التشهد في وسط الصلوة وفي اخرها فاذا كان وسط الصلوة نهض اذا فرغ من
التشهد وان كان اخر الصلوة دعا لنفسه بما شاء قال ويقرأ في الركعتين الاخريين بفاتحة
الكتاب وحدها وهذا بيان الافضل هو الصحيح لان القراءة فرض في الركعتين على ما نبين ان شاء الله وفي الاخريين
[illegible] لما روينا من حديث [illegible] ولانها تسقط على البدل من الركعتين
الذي يجلس فيه [illegible] والذي يروى انه عليه السلام قعد [illegible] وجلس على اليتيه
وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم وهو ليس بفرض عندنا خلافا للشافعي
فيهما لقوله عليه السلام اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك ان شئت ان تقوم
فقم وان شئت ان تقعد فاقعد والصلوة على النبي عم خارج الصلوة واجبة اما مرة واحدة
كما قاله الكرخي او كلما ذكر النبي عم كما اختاره الطحاوي فكفينا الامر والفرض المروي في التشهد
التقدير [illegible] ودعا بما يشبه الفاظ القرآن والادعية المأثورة لما روينا من حديث
ابن مسعود وقال له النبي عم ثم اختر من الدعاء اطيبه واعجبه اليك ويبدأ بالصلوة على
النبي عم ليكون اقرب الى الاجابة ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا ياتي
بالماثور المحفوظ وما لا يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل كقوله
اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الاول لاستعماله فيما بين العباد يقال
رزق الامير جيشه ثم يسلم عن يمينه فيقول السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما
روى ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي عم كان يسلم عن يمينه وينوي بالتسليمة الاولى من عن يمينه
الرجال والنساء والحفظة وكذلك في الثانية لان الاعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا
ولا من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لان الخطاب خطاب حضور ولابد للمقتدي من نية امامه

كان الإمام في جانب الأيمن والأيسر نواهم جميعاً وإن كان بحذائه نواه في الأولى عند أبي يوسف رحمه الله ترجيحاً للجانب الأيمن وعند محمد رحمه الله فيهما وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وإن كان منفرداً ينوي الحفظة لا غير لأنه ليس معه سواهم والإمام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة عدداً محصوراً لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الإيمان بالأنبياء عليهم السلام ثم إصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليست بفريضة خلافاً للشافعي رحمه الله هو يتمسك بقوله عليه السلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا ما رويناه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه والتخيير ينافي الفرضية والوجوب إلا أنا أثبتنا بما رواه احتياطاً وبمثله لا تثبت الفرضية

فصل في القراءة

ويجهر بالقراءة في الفجر وفي الركعتين الأوليين من المغرب والعشاء إن كان إماماً ويخفي في الأخريين هذا هو المتوارث وإن كان منفرداً فهو مخير إن شاء جهر وأسمع نفسه لأنه إمام في حق نفسه وإن شاء خافت لأنه ليس خلفه من يسمعه والأفضل هو الجهر ليكون الأداء على هيئة الجماعة ويخفيها الإمام في الظهر والعصر وإن كان بعرفة لقوله عليه السلام صلاة النهار عجماء أي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف مالك رحمه الله والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتباراً بالفرض في حق المنفرد وهذا لأنه مكمل له فيكون تبعاً ق ومن فاتته العشاء فصلاها بعد طلوع الشمس إن أم فيها جهر كما فعل النبي عليه السلام حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وإن كان وحده خافت حتماً ولا يتخير هو الصحيح لأن الجهر يختص إما بالجماعة حتماً أو بالوقت في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد أحدهما ومن قرأ في العشاء في الأوليين السورة ولم يقرأ بفاتحة الكتاب لم يعد في الأخريين وإن قرأ الفاتحة ولم يزد عليها قرأ في الأخريين الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقضي واحدة منهما لأن الواجب إذا فات عن وقته لا يقضى إلا بدليل ولهما وهو الفرق بين الوجهين أن قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الأخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف الموضوع بخلاف ما إذا ترك السورة لأنه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكر ههنا ما يدل على الوجوب وفي الأصل بلفظة الاستحباب لأنها إن كانت مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما هو الصحيح لأن الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل وهو الفاتحة أولى ثم المخافتة أن يسمع نفسه والجهر أن يسمع غيره وهذا عند الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال الكرخي رحمه الله أدنى الجهر أن يسمع نفسه وأدنى المخافتة تصحيح الحروف لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب إشارة إلى هذا وعلى هذا الأصل كل

الوجوب

جهره

مطلب

ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك وأدنى ما يجزئ من القراءة في الصلاة آية عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ثلاث آيات قصار أو آية طويلة لأنه لا يسمى قارئاً بدونه فأشبه قراءة ما دون الآية وله قوله تعالى فاقرؤوا ما تيسر من القرآن من غير فصل إلا أن ما دون الآية خارج والآية ليست في معناه وفي السفر يقرأ بفاتحة الكتاب وأي سورة شاء لما روي أن النبي عليه السلام قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين ولأن السفر أثر في إسقاط شطر الصلاة فلأن يؤثر في تخفيف القراءة أولى وهذا إذا كان على عجلة من السير وإن كان في أمنة وقرار يقرأ في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لأنه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف ويقرأ في الحضر في الفجر في الركعتين بأربعين أو خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من أربعين إلى ستين ومن ستين إلى مائة وبكل ذلك ورد الأثر ووجه التوفيق أنه يقرأ بالراغبين مائة وبالكسالى أربعين وبالأوساط ما بين خمسين إلى ستين وقيل ينظر إلى طول الليالي وقصرها وإلى كثرة الأشغال وقلتها قال وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال في الأصل أو دونه لأنه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزاً عن الملال والعصر والعشاء سواء يقرأ فيهما بأوساط المفصل وفي المغرب دون ذلك يقرأ فيها بقصار المفصل والأصل فيه كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولأن مبنى المغرب على العجلة والتخفيف أليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التأخير وقد يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالأوساط ويطيل الركعة الأولى من الفجر على الثانية إعانة للناس على إدراك الجماعة قال وركعتا الظهر سواء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله أحب إلي أن يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوات كلها لما روي أن النبي عليه السلام كان يطيل الركعة الأولى على غيرها في الصلوات كلها ولهما أن الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف الفجر لأنه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الإطالة من حيث الثناء والتعوذ والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلاث آيات لعدم إمكان الاحتراز عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجوز غيرها لإطلاق ما تلونا ويكره أن يوقت بشيء من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي وإيهام التفضيل ولا يقرأ المؤتم خلف الإمام خلافاً للشافعي رحمه الله في الفاتحة له أن القراءة ركن من الأركان فيشتركان فيه ولنا قوله عليه السلام من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة وعليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي الإنصات والاستماع قال عليه السلام وإذا قرأ فأنصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما يروى عن محمد رحمه الله ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وإن قرأ الإمام

آية الترغيب والترهيب لان الاستماع والانصات فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ من النار كل ذلك
مخل به وكذلك في الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عليه السلام لفرضية الاستماع الا ان يقرأ الخطيب قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه واختلفوا في النائي عن
المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

الجماعة سنة مؤكدة لقوله عليه السلام الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى
الناس بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف اقرأهم لان القراءة لا بد منها والحاجة الى
العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان
فان تساووا فاقرأهم لقوله عليه السلام يؤم القوم اقرأهم لكتاب الله تعالى فان كانوا سواء فاعلمهم
بالسنة واقرأهم كان اعلمهم بالسنة لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فقدم في الحديث ولا كذلك في
زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عليه السلام من صلى خلف عالم تقي
فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عليه السلام لابني مليكة وليؤمكما اكبركما سنا ولان
في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد لانه لا يتفرغ للتعلم والاعرابي لان الغالب
فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى النجاسة وولد الزنا لانه ليس
له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هؤلاء تنفير الجماعة فيكره وان تقدموا جاز
لقوله عليه السلام صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول الامام بهم الصلوة لقوله عليه السلام من ام قوما
فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير وذا الحاجة ويكره للنساء ان يصلين وحدهن الجماعة
لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام الامام وسط الصف فيكره كالعراة فان فعلن
قامت الامام وسطهن لان عائشة رضي الله عنها فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام
ولان في التقدم زيادة الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث ابن عباس رضي الله
عنه فانه عليه السلام صلى به واقامه عن يمينه ولا يتأخر عن الامام وعن محمد انه يضع
اصابعه عند عقب الامام والاول هو الظاهر وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه
خالف السنة وان ام اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف رحمه الله انه يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله
بن مسعود ولنا انه عليه السلام تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر
دليل الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامرأة او صبي اما المرأة فلقوله عليه السلام اخروهن من
حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء المفترض به وفي التراويح
والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ رحمهم الله ولم يجوزه مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف
في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله والمختار انه لا يجوز في الصلوات كلها لان

نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي
على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان
الصلوة تتحد قال ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لقوله عليه السلام ليليني منكم
اولوا الاحلام والنهى ولان المحاذاة مفسدة فيؤخرن وان حاذته امرأة وهما مشتركان
في صلوة واحدة فسدت صلوته ان نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول
الشافعي اعتبارا بصلوتها حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما رويناه وانه من المشاهير وهو
المخاطب به دونها فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها كالمأموم اذا تقدم
على الامام وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت دونها عندنا
خلافا لزفر الا ترى انه يلزمه الترتيب في المقام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما يشترط نية
الامامة اذا ائتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق على احديهما ان الفساد
في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرائط المحاذاة ان تكون الصلوة مشتركة وان تكون
مطلقة وان تكون المرأة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حائل لانها عرفت مفسدة بالنص
بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص ويكره لهن حضور الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف
الفتنة قال ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط
الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة اما في الفجر و
العشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال عن
الرجال فلا يكره قال ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة خلف
المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه والامام ضامن
بمعنى تضمن صلوته صلوة المقتدي قال ولا يصلي القارئ خلف الامي ولا المكتسي خلف
العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة بالماء اصلية ولهما انه طهارة مطلقة
ولهذا لا يتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم
وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي
القائم خلف القاعد وقال محمد لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص
وهو ما روي انه عليه السلام صلى آخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف
لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود معتبر فثبت

القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومئ لأن حال المقتدي أقوى وفيه خلاف زفر رحمه الله
ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لأن الاقتداء بناء ووصف الفرضية معدوم في حق الإمام
فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا من يصلي فرضا خلف من يصلي فرضا آخر لأن الاقتداء شركة و
موافقة فلا بد من الاتحاد وعند الشافعي يصح في جميع ذلك لأن الاقتداء عنده أداء
على سبيل الموافقة وعندنا معنى التضمن مراعى في الاتحاد ويصلي المتنفل خلف المفترض لأن
الحاجة في حقه إلى أصل الصلاة وهو موجود في حق الإمام فيتحقق البناء ومن اقتدى بإمام
ثم علم أن إمامه محدث أعاد لقوله عليه السلام من أم قوما ثم ظهر أنه كان محدثا أو جنبا أعاد
صلاته وأعادوا وفيه خلاف الشافعي بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك
في الجواز والفساد وإذا صلى أمي بقوم يقرؤون وبقوم أميين فصلاتهم فاسدة عند
أبي حنيفة وقالا صلاة الإمام ومن لا يقرأ تامة لأنه معذور أم قوما
معذورين وغير معذورين فصار كما إذا أم العاري عراة ولابسين وله أن
الإمام ترك فرض القراءة مع القدرة عليها فتفسد صلاته وهذا لأنه لو اقتدى بالقارئ
تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك المسألة لأن الثابت في حق المقتدي ولو كان يصلي الأمي وحده والقارئ
وحده جاز هو الصحيح لأنه لم تظهر منهما رغبة في الجماعة وإن قرأ الإمام في الأوليين
ثم قدم في الأخريين أميا فسدت صلاتهم وقال زفر لا تفسد لتأدي فرض القراءة
ولنا أن كل ركعة صلاة فلا تخلو عن القراءة إما تحقيقا أو تقديرا ولا تقدير في
حق الأمي لانعدام الأهلية وكذا على هذا لو قدمه في التشهد والله تعالى أعلم

باب الحدث في الصلاة

ومن سبقه الحدث في الصلاة انصرف فإن كان إماما استخلف وتوضأ وبنى و
القياس أن يستقبل وهو قول الشافعي لأن الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها
فأشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه السلام من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته فلينصرف
وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وقال عليه السلام إذا صلى أحدكم فقاء أو رعف
فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى فيما يسبق دون ما يتعمده فلا يلحق به
والاستئناف أفضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل إن المنفرد يستقبل والإمام والمقتدي
يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد إن شاء أتم في منزله وإن شاء عاد إلى مكانه والمقتدي
يعود إلى مكانه إلا أن يكون إمامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل ومن ظن أنه أحدث فخرج
من المسجد ثم علم أنه لم يحدث استقبل الصلاة وإن لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس

والقياس فيهما الاستقبال وهو رواية عن محمد رحمه الله لوجود الانصراف من غير عذر وجه
الاستحسان أنه انصرف على قصد الإصلاح ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته
فألحق قصد الإصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وإن كان استخلف فسدت لأنه عمل
كثير من غير عذر وهذا بخلاف ما إذا ظن أنه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد وإن
لم يخرج لأن الانصراف على سبيل الرفض ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه يستقبل فهذا هو الحرف
ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة وإن لم يكن فمقدار
الصفوف خلفه وإن كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب فإن جن أو نام فاحتلم
أو أغمي عليه استقبل الصلاة لأنه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن في معنى ما ورد به النص
وكذلك إذا قهقه في الصلاة لأنه بمنزلة الكلام وهو قاطع وإن حصر الإمام
عن القراءة فقدم غيره أجزأهم عند أبي حنيفة وقالا لا يجزئهم لأنه يندر وجوده وله أن
الاستخلاف لعلة العجز وهو هنا ألزم والعجز عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة
لا يجوز بالإجماع لعدم الحاجة إلى الاستخلاف وإن سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم
لأن التسليم واجب فلا بد من التوضي ليأتي به وإن تعمد الحدث في هذه الحالة أو تكلم أو
عمل عملا ينافي الصلاة تمت صلاته لأنه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا إعادة عليه
لأنه لم يبق عليه شيء من الأركان فإن رأى المتيمم الماء في صلاته بطلت وقد مر من قبل
فإن رآه بعد ما قعد قدر التشهد أو كان ماسحا فانقضت مدة مسحه أو خلع خفيه بعمل يسير
أو كان أميا فتعلم سورة أو عريانا فوجد ثوبا أو موميا فقدر على الركوع والسجود أو تذكر فائتة
عليه قبل هذه أو أحدث الإمام القارئ فاستخلف أميا أو طلعت الشمس في الفجر أو دخل وقت العصر في الجمعة أو
كان ماسحا على الجبيرة فسقطت عن برء أو كان صاحب عذر فانقطع عذره كالمستحاضة ومن بمعناها بطلت
الصلاة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تمت صلاته وقيل الأصل فيه أن الخروج عن الصلاة بصنع المصلي فرض عند أبي حنيفة رحمه الله
وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه الحالة كاعتراضها في خلال الصلاة
وعندهما كاعتراضها بعد التسليم لهما ما روينا من حديث ابن مسعود رحمه الله وله أنه لا يمكنه أداء صلاة
أخرى إلا بالخروج من هذه وما لا يتوصل إلى الفرض إلا به يكون فرضا ومعنى قوله عليه السلام
تمت قاربت التمام والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القارئ وإنما الفساد ضرورة
حكم شرعي وهو عدم صلاحية الإمامة ومن اقتدى بالإمام بعد ما صلى ركعة فأحدث الإمام
فقدمه أجزأه لوجود المشاركة في التحريمة والأولى للإمام أن يقدم مدركا لأنه أقدر على إتمام
صلاته وينبغي لهذا المسبوق أن لا يتقدم لعجزه عن التسليم فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى إليه الإمام

به الامام ليقيمه مقامه واذا انتهى الى السلام يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم
صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة
القوم تامة لان المفسد في حقه وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول
ان كان فرغ لا تفسد وهو الاصح وان لم يفرغ تفسد لامام الاول وقد قعد قدر التشهد ثم قهقه او
واحدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول الصلوة عند ابي حنيفة وقالا لا تفسد
وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا لهما ان صلوة المقتدي بناء على
صلوة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام فكذا صلوته وصار كالسلام والكلام وله ان القهقهة مفسدة للجزء الذي
يلاقيه من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء والمسبوق محتاج الى البناء
والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة
ومن احدث في ركوعه او سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن
بالانتقال ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على
الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو تذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة فانحط من
ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان الاولى لان الترتيب في
الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعد اجزأه لان الانتقال مع الطهارة وعن ابي يوسف
انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام رجلا واحدا فاحدث وخرج من
المسجد فالمأموم امام نوى او لم ينو لما فيه من صيانة الصلوة وتعيين الاول لقطع
المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة فلو لم يكن خلفه
الا صبي او امراة قيل تفسد صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف
قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في الصلوة عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي في الخطأ و
النسيان ومفزعه الحديث المعروف ولنا قوله عليه السلام ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القرآن وما رواه محمول على رفع الاثم بخلاف
السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما في حالة التعمد لما فيه من
كاف الخطاب فان ان فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان من ذكر الجنة والنار
لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او مصيبة قطعها لان فيه اظهار
الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف ان قوله آه لا يفسد في
الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما

وهما زائدتان او احداهما لا تفسد وان كانتا اصليتين تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم
اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء و
افهام المعنى ويتحقق ذلك في حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل
به حروف ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به حروف
ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه يجري في مخاطبات الناس
فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما قالوا لانه لم يتعارف جوابا
وان استفتح ففتح عليه في صلوته تفسد ومعناه ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم
وتعلم فكان من جنس كلام الناس ثم شرط التكرار في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل
منه ولم يشترط في الجامع الصغير لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما مفسدا
لانه مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه دون القراءة
هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنه ولو كان الامام انتقل الى آية اخرى تفسد صلوة
الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود التلقين والتلقن من غير ضرورة
وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى
ولو اجاب رجلا في الصلوة بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عندهما وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه له انه
ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت
والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد اعلامه انه في الصلوة لم تفسد بالاجماع لقوله عليه السلام
اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع
فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزئ
بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته وبقي المنوي على حاله واذا قرأ الامام من المصحف فسدت
صلوته عند ابي حنيفة وقالا هي تامة لانها عبادة انضافت الى عبادة اخرى الا انه يكره لانه
يشبه بصنيع اهل الكتاب ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير
ولانه تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع والمحمول وعلى
الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف
لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند محمد لان المقصود هنالك الفهم اما فساد
الصلوة فبالعمل الكثير فان مرت امرأة بين يدي المصلي لم يقطع الصلوة لقوله عليه السلام
لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم لقوله عليه السلام لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه
من الوزر لوقف اربعين وانما يأثم اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل

ويحاذي اعضاءه اعضاءه ولو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ
امامه سترة لقوله عليه السلام اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها
ذراع فصاعدا لقوله عليه السلام أيعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل
مؤخرة الرحل وقيل ينبغي ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد
فلا يحصل المقصود ويقرب من السترة لقوله عليه السلام من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل
السترة على حاجبه الايمن او على الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه السلام صلى
ببطحاء مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويجعل السترة على حاجبه الايمن او الايسر به ورد الاثر ويعتبر
الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه
سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عليه السلام ادرؤوا ما استطعتم ويدرأ بالاشارة كما فعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم بولدي ام سلمة او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان
باحدهما كفاية **فصل ويكره** للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عليه السلام ان الله كره لكم ثلثا و
ذكر منها العبث في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب
الحصى لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه من السجود فيسويه مرة واحدة لقوله عليه السلام مرة يا ابا ذر والا فذر
ولان فيه اصلاح صلوته **قال ولا يفرقع اصابعه** لقوله عليه السلام لا تفرقع اصابعك وانت
تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عليه السلام نهى عن الاختصار في الصلوة ولان فيه ترك
الوضع المسنون **قال ولا يلتفت** لقوله عليه السلام لو علم المصلي من يناجي ما التفت ولو نظر
بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عليه السلام كان يلاحظ اصحابه في صلوته بموق
عينيه **ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه** لقول ابي ذر رضي الله عنه نهاني خليلي عن ثلث ان انقر نقر
الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على
الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح **قال ولا يرد السلام بلسانه** لانه كلام **ولا بيده** لانه سلام
معنى حتى لو صافح بنية التسليم تفسد صلوته **ولا يتربع الا من عذر** لان فيه ترك سنة القعود
ولا يعقص شعره وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد فقد روي
انه عليه السلام نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص **ولا يكف ثوبه** لانه نوع تجبر **ولا يسدل ثوبه** لانه عليه السلام
نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على رأسه وكتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه **ولا
يأكل ولا يشرب** لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت صلوته
لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة **قال ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده
في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق** لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث تخصيص الامام

الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام على الدكان لما
ذكرنا ولو كان اسفل فكذلك في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا بأس بان يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث
لان ابن عمر رضي الله عنه ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره ولا بأس بان يصلي وبين يديه
مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتباره تثبت الكراهة ولا بأس بان يصلي على بساط
فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصور ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة
واطلق الكراهة في الاصل لان المصلى معظم ويكره ان يكون فوق رأسه في السقف او بين يديه
او بحذائه تصاوير او صورة معلقة لحديث جبريل عليه السلام انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو
كانت الصورة صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد ولو كان التمثال مقطوع
الرأس اي ممحو الرأس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الرأس وصار كما اذا صلى الى شمع او سراج
على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او على بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ
بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة او كانت على السترة لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان يكون
امام المصلي ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه
حامل الصنم والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم
في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد **ولا بأس بقتل الحية والعقرب
في الصلوة** لقوله عليه السلام اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة ولان فيه ازالة الشغل فيشبه
درء المار ويستوي جميع انواع الحيات هو الصحيح لاطلاق ما روينا **ويكره عد الآي والتسبيح
باليد** في الصلوة وكذلك عد السور لان ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد انه لا بأس
بذلك في الفرائض والنوافل جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل
الشروع فيستغني عن العد بعده **فصل ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء** لان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية لان المستدبر فرجه
غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه مواز لها وما ينحط منه
ينحط اليها **ويكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي** لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه
بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه **ولا بأس بالبول فوق بيت
فيه مسجد** والمراد ما اعد للصلوة في البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه **ويكره ان يغلق
باب المسجد** لانه يشبه المنع من الصلوة **ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب** وقوله
لا بأس يشير الى انه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه اما المتولي
فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن والله اعلم بالصواب

احكام

باب صلوة الوتر الوتر واجب عند ابي حنيفة رح وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث
لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولابي حنيفة رح قوله عليه الصلوة والسلام ان الله تعالى زادكم
صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر امر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء
بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنهما انه سنة وهو يؤدى في وقت
العشاء فاكتفي باذانه واقامته قال والوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت
عائشة رضي الله عنها ان النبي عليه السلام كان يوتر بثلث وحكى الحسن البصري اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال
الشافعي رح وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رح والحجة عليهما ما رويناه ويقنت
في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رح بعده لما روي انه عليه السلام قنت في آخر الوتر
وهو بعد الركوع ولنا انه عليه السلام قنت قبل الركوع وما زاد على النصف فهو آخره ويقنت
في جميع السنة خلافا للشافعي رح في غير النصف الاخير من شهر رمضان لقوله عليه الصلوة والسلام
للحسن بن علي حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة من الوتر فاتحة الكتاب
وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان يقنت كبر لان الحالة قد اختلفت
ورفع يديه وقنت لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر منها القنوت ولا يقنت
في صلوة غيرها خلافا للشافعي رح في الفجر لما روى ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام قنت في صلوة
الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر يسكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح يتابعه لانه تبع لامامه والقنوت مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل
يقف قائما ليتابعه فيما يجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي و
الاول اظهر ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر
واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يجزيه الاقتداء به والمختار في قنوت
الوتر الاخفاء لانه دعاء والله اعلم باب النوافل السنة ركعتان قبل الفجر واربع
قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب
واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عليه السلام من ثابر على ثنتي
عشرة ركعة في اليوم والليلة بنى الله له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب غير انه لم يذكر الاربع
قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الآثار والافضل هو الاربع ولم يذكر
الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره
ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند ابي حنيفة رح على ما عرف من مذهبه والاربع
قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله النبي عليه السلام وفيه خلاف الشافعي رح وقال ابو حنيفة

القنوت

النهار ان شاء صلى بتسليمة واحدة ركعتين وان شاء اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة
الليل قال ابو حنيفة رح ان صلى ثماني ركعات بتسليمة واحدة جاز وتكره الزيادة على ذلك وقالا
لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل
الكراهة انه عليه السلام لم يزد على ذلك ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل في الليل
مثنى مثنى وفي النهار اربع اربع وقال الشافعي رح فيهما مثنى مثنى وعند ابي حنيفة رح فيهما اربع
اربع للشافعي رح قوله عليه السلام صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي
حنيفة رح انه عليه الصلوة والسلام كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه عائشة رضي الله عنها
وكان عليه السلام يواظب على الاربع في الضحى ولانه ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة
ولهذا لو نذر ان يصلي اربعا بتسليمة واحدة لا يخرج عن العهدة بتسليمتين وعلى العكس يخرج
والتراويح يؤدى بجماعة فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا قال
القراءة واجبة في الركعتين وقال الشافعي رح في جميع الركعات لقوله عليه السلام لا صلوة
الا بقراءة وكل ركعة صلوة وقال مالك رح في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا
قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والامر بالفعل لا يقتضي التكرار وانما اوجبناها في الثانية استدلالا
بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه فاما الاخريان فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة
القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما والصلوة فيما روي مذكورة صريحا فتنصرف الى الكامل
وهي الركعتان عرفا كمن حلف لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين
معناه ان شاء سكت وان شاء سبح وان شاء قرأ كذا روي عن ابي حنيفة رح وهو المأثور
عن علي وابن مسعود وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لان النبي عليه السلام
داوم على ذلك ولهذا لا يجب سجدة السهو بتركها في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات
النفل وفي جميع الوتر اما النفل فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة
مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا رح ولهذا
قالوا يستفتح في الثالثة واما الوتر فللاحتياط قال ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها وقال
الشافعي رح لا قضاء عليه لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيجب
صيانته عن البطلان وان صلى اربعا وقرأ في الاوليين وقعد ثم افسد الاخريين
قضى ركعتين لان الشفع الاول قد تم والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما
هذا اذا افسد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو افسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا
يقضي الاخريين وعن ابي يوسف رح انه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر ولهما ان الشروع

يلزمه الا ما شرع فيه وما لا صحة له الا به وصحة الشفع الاول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة الثانية وعلى هذا سنة الظهر لانها نافلة وقيل يقضي اربعا احتياطا لانها بمنزلة صلوة واحدة وان صلى اربعا ولم يقرأ فيهن شيئا اعاد ركعتين وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وعند ابي يوسف رح يقضي اربعا وهذه المسئلة على ثمانية اوجه والاصل فيها ان عند محمد رح ترك القراءة في الاوليين او في احديهما يوجب بطلان التحريمة لانها تعقد للافعال وعند ابي يوسف رح ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة وانما يوجب فساد الاداء لان القراءة ركن زائد الا ترى ان للصلوة وجودا بدونها غير انه لا صحة للاداء الا بها وفساد الاداء لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة وعند ابي حنيفة رح ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة وفي احديهما لا يوجب لان كل شفع من التطوع صلوة على حدة وفسادها بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا واذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع الاول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند ابي يوسف رح فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الاربع عنده ولو قرأ في الاوليين لا غير فعليه قضاء الاخريين بالاجماع لان التحريمة لم تبطل فصح الشروع في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الاول ولو قرأ في الاخريين لا غير فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان عندهما لم يصح الشروع في الشفع الثاني وعند ابي يوسف رح ان صح فقد اداها بالاجماع ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول ابي يوسف قضاء الاربع وكذا عند ابي حنيفة رح لان التحريمة باقية وعند محمد رح قضاء الاوليين لان التحريمة قد ارتفعت عنده وقد انكر ابو يوسف رح هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن ابي حنيفة رح انه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد رح لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير قضى اربعا عندهما وعند محمد رح ركعتين ولو قرأ في احدى الاخريين لا غير قضى اربعا عند ابي يوسف رح وعندهما ركعتين قال وتفسير قوله عليه السلام لا يصلى بعد صلوة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيان فرضية القراءة في ركعات النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عليه السلام صلوة القاعد على النصف من صلوة القائم ولان الصلوة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز له تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار انه يقعد كما يقعد في حالة التشهد

يعني قضاء الاوليين ... الاخريين

عند ابي حنيفة

لانه عهد مشروعا في الصلوة وان افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو قياس لان الشروع معتبر بالنذر وله انه لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحة بدونه بخلاف النذر لانه التزمه نصا حتى لو لم ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته الى اي جهة توجهت يومي ايماء لحديث ابن عمر رض قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي على حمار وهو متوجه الى خيبر يومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو الزمناه النزول والاستقبال ينقطع عنه القافلة او ينقطع هو عن القافلة فاما الفرائض فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن ابي حنيفة رح انه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن ابي يوسف رح انه يجوز في المصر ايضا ووجه الظاهر ان النص ورد خارج المصر والحاجة الى الركوب فيه غالبة وان افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني وان صلى ركعة نازلا ثم ركب استقبل لان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فاذا اتى بهما صح واحرام النازل انعقد لوجوب الركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه من غير عذر وعن ابي يوسف رح انه يستقبل اذا نزل ايضا وكذا عن محمد اذا نزل بعد ما صلى ركعة والاصح هو الاول

فصل في قيام شهر رمضان

يستحب ان يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم امامهم خمس ترويحات كل ترويحة بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب والاصح انها سنة كذا رواه الحسن عن ابي حنيفة رح لانه واظب عليها الخلفاء الراشدون والنبي عليه السلام بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية ان تكتب علينا والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع اهل المسجد عن اقامتها كانوا مسيئين ولو اقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لان افراد الصحابة رض يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين الخامسة وبين الوتر لعادة اهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير الى ان وقتها بعد العشاء قبل الوتر وبه قال عامة المشايخ والاصح ان وقتها بعد العشاء الى آخر الليل قبل الوتر وبعده لانها نوافل سنت بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة فيها واكثر المشايخ رح على ان السنة فيها الختم مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة ولا يصلي الوتر بجماعة في غير شهر رمضان وعليه اجماع المسلمين

الرواتب سنة

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه بمحل الرفض

والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر او الجمعة فاقيم
او خطب الامام يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف وقد قيل يتمها وان
كان قد صلى ثلثا من الظهر يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد
لم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه محل الرفض ويتخير ان شاء عاد وقعد وسلم وان شاء
كبر قائما ينوي الدخول في صلوة الامام فاذا اتمها يدخل مع القوم والذي يصلي معهم نافلة
لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت يقطع ويدخل معهم
لانه لو اضاف اليها اخرى يفوته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية قبل ان يقيدها بالسجدة
وبعد الاتمام لا يشرع في صلوة الامام لكراهة النفل بعد الفجر وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد
المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلث مكروه وفي جعلها اربعا مخالفة لامامه ومن دخل
مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او
رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع قال الا اذا كان ممن ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة تكميل معنى وان كان
قد صلى وكانت الظهر والعشاء فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن
في الاقامة لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر او المغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها
لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلوة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر ان خشي ان
تفوته ركعة ويدرك الاخرى يصلي ركعتي الفجر عند باب المسجد ثم يدخل لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين
وان خشي فوتهما دخل مع الامام ولم يصل لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف
سنة الظهر حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف
بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنها ولا كذلك سنة الفجر على ما نبين
ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهية في المسجد اذا كان الامام في
الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل المنزل هو المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم واذا فاتته
ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله احب الي ان يقضيهما الى وقت الزوال لانه
عليه السلام قضاهما بعد ارتفاع الشمس غداة ليلة التعريس ولهما ان الاصل في السنة ان لا
تقضى لاختصاص القضاء بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما رواه على الاصل
وانما تقضى تبعا له وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ
في قضائها تبعا للفرض ومن ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر
جماعة وقال محمد رحمه الله قد ادرك فضل الجماعة لان من ادرك آخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا

ثواب الجماعة لكنه لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث
في يمينه لا يصلي الظهر بالجماعة ومن دخل مسجدا قد صلي فيه بالجماعة فلا باس بان يتطوع قبل
المكتوبة ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه
قيل هذا في غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوهما
وان طردتكم الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في
الجميع لانه عليه السلام واظب عليها عند اداء المكتوبات بالجماعة ولا سنة دون المواظبة و
الاولى ان لا يتركها في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت
ومن انتهى الى الامام في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا
لتلك الركعة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام ولنا ان الشرط هو
المشاركة في افعال الصلوة ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه
فادركه الامام فيه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه
ولنا ان الشرط هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول **باب قضاء الفوائت**
ومن فاتته صلوة قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل ان الترتيب بين
الفوائت وبين فرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي رحمه الله مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا
يعتبر شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام
فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت الوقت
يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة الفوائت
كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى في غيرها بخلاف
ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها الثابت بالحديث
ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عليه السلام شغل عن اربع
صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا ثم قال صلوا كما رأيتموني اصلي الا ان تزيد الفوائت
على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت بنفسها كما سقط بينها
وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا لخروج وقت الصلوة السادسة وهو
المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر من صلوة يوم وليلة اجزأته
التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رحمه الله انه اعتبر دخول وقت السادسة
والاول هو الصحيح لان الكثرة في حد التكرار وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة
قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا

من الستة دون ولو قضى بعض الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي
عن محمد فيمن ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة
على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك
الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها قال ومن صلى العصر وهو ذاكر
انه لم يصل الظهر فهي فاسدة الا اذا كان في آخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت
الفرضية لا يبطل اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد رح يبطل لان التحريمة
عقدت للفرض فاذا بطلت الفرضية بطلت اصلا ولهما انها عقدت لاصل الصلوة بوصف
الفرضية فلم يكن من ضرورة بطلان الوصف بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا
حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما
يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر
انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عنده سنة
عندهما ولا ترتيب فيما بين الفرائض والسنن وعلى هذا اذا صلى العشاء ثم توضأ وصلى
السنة والوتر ثم تبين انه صلى العشاء بغير طهارة فانه يعيد العشاء عنده والسنة دون
الوتر لان الوتر فرض على حدة عنده وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء

باب سجود السهو

يسجد للسهو في الزيادة والنقصان سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي رح
يسجد قبل السلام لما روي انه عليه السلام سجد للسهو قبل السلام ولنا قوله عليه السلام
لكل سهو سجدتان بعد السلام وروي انه عليه الصلوة والسلام سجد سجدتي السهو بعد
السلام فتعارضت روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان سجود السهو مما لا يتكرر
فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي
بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي
عليه الصلوة والسلام والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان الدعاء موضعه آخر الصلوة
قال ويلزمه السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها وهذا يدل على
ان سجدة السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر نقصان تمكن في العبادة فتكون
واجبة كالدماء في الحج واذا كان واجبا لا يجب الا بترك واجب او تأخير ركن ساهيا هذا هو
الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تأخير ركن او ترك واجب قال ويلزمه اذا
ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته سنة ان وجوبها ثبت بالسنة قال او ترك قراءة

كان م
او تأخيره

او ترك الفاتحة لانها واجبة او القنوت او التشهد او تكبيرات العيدين لانها واجبات فانه عليه السلام
واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها تضاف الى جميع الصلوة فيدل
انه من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما
وكل ذلك واجب وفيها سجدة السهو هو الصحيح ولو جهر الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر
تلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية
في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء
لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده آية واحدة وعندهما
ثلث آيات وهذا في حق الامام دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة قال وسهو الامام
يوجب على المؤتم السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام
فان لم يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا متابعا فان سها المؤتم
لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب
الاصل تبعا ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود اقرب عاد وقعد وتشهد لان
ما يقرب من الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتأخير والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم ولو كان الى
القيام اقرب لم يعد لانه كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سها عن القعدة
الاخيرة حتى قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد لان فيه اصلاح صلوته وامكنه ذلك لان
ما دون الركعة بمحل الرفض قال والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها فترتفض ويسجد للسهو لانه
اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي رح لانه استحكم شروعه في النافلة
قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض وهذا لان الركعة
بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله خلافا لمحمد رح على ما مر فيضم اليها ركعة سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه
مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند ابي يوسف رح لانه سجود كامل وعند محمد رح برفعه لان تمام
الشيء بآخره وهو الرفع ولم يصح مع الحدث وثمرة الاختلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث
في السجود بنى عند محمد رح خلافا لابي يوسف رح ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة
ما لم يسجد للخامسة وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالعود
لما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة اخرى وتم فرضه لان
الباقي اصابة لفظة السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة اخرى ليصير الركعتان نفلا لان الركعة
الواحدة لا تجزيه لنهيه عليه السلام عن البتيراء ثم لا تنوبان عن سنة الظهر هو الصحيح لان المواظبة عليها

تجزيه سداده ويسجد للسهو استحسانا لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على الوجه المسنون وفي
النفل بالدخول لا على الوجه المسنون ولو قطعها لم يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان
فيهما يصلي ستا عند محمد رح لانه المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض
ولو افسده المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد رح اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف رح يقضي ركعتين
لان السقوط بعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد ان يصلي
اخريين لم يبن لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلوة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى
الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلوة ومع هذا لو ادى صح لبقاء التحريمة ويبطل سجود
السهو ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلوته بعد التسليم فان سجد الامام كان داخلا والا فلا وهذا عند ابي حنيفة
وقال محمد رح هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه السهو لا يخرجه عن
الصلوة اصلا لانها وجبت لجبر النقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلوة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف
لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار عدم العود
ويظهر الاختلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة
ومن سلم يريد قطع الصلوة وعليه سهو فعليه ان يسجد لسهوه لان هذا السلام غير قاطع ونيته
تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلوته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استأنف
لقوله عم اذا شك احدكم في صلوته انه كم صلى فليستقبل الصلوة وان كان يعرض له كثيرا
بنى على اكبر رأيه لقوله عم من شك في صلوته فليتحر الصواب وان لم يكن له رأي بنى على اليقين والاستقبال
بالسلام اولى لانه عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع
يتوهم آخر صلوته كيلا يكون تاركا فرض القعدة باب صلوة المريض اذا عجز
المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عم لعمران بن حصين رضي الله عنه صل قائما
فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومي ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة
فان لم يستطع الركوع والسجود اومى ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل السجود اخفض من الركوع
لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه لقوله عم ان قدرت ان تسجد على
الارض فاسجد والا فأوم برأسك فان فعل ذلك وهو يخفض رأسه اجزاه لوجود الايماء وان
وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه
الى القبلة واومى بالركوع والسجود لقوله عم يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم
يستطع فعلى قفاه يومي ايماء فان لم يستطع فالله تعالى احق بقبول العذر منه وان استلقى على
جنبه ووجهه الى القبلة فاومى جاز لما روينا من قبل الا ان الاولى هي الاولى عندنا خلافا

يصير

للشافعي رح لان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب
قدميه وبه تتأدى الصلوة فان لم يستطع الايماء برأسه اخر الصلوة ولا يومي بعينيه ولا بحاجبيه
ولا بقلبه خلافا لزفر رح لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع ولا قياس على الرأس
لانه يتأدى به ركن الصلوة دون العين واختيها وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط عنه
الصلوة وان كان العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون
الخطاب بخلاف المغمى عليه وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام و
يصلي قاعدا يومي ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى السجود لما فيه من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه
السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى الصحيح بعض صلوته
قائما ثم حدث به مرض اتمها قاعدا يركع ويسجد او يومي ايماء ان لم يقدر او مستلقيا ان لم يقدر
لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا يركع ويسجد لمرض ثم صح بنى على صلوته
قائما عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح استقبل بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم
بيانه وان صلى بعض صلوته بايماء ثم قدر على الركوع والسجود استأنف عندهم جميعا لانه لا يجوز
اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء ومن افتتح التطوع قائما ثم اعيا فلا بأس بان يتوكأ على عصا او حائط
او يقعد لان هذا عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي
حنيفة رح لانه لو قعد عنده بغير عذر يجوز فكذا الاتكاء لا يكره وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود عندهما
فيكره الاتكاء وان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلوة عنده ولا تجوز عندهما وقد مر في باب
النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير علة اجزاه عند ابي حنيفة رح والقيام افضل وقالا لا
يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك وله ان الغالب فيها دوران الرأس وهو
كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه
والخلاف في غير المربوطة والمربوطة كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضى
وان كان اكثر من ذلك لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء
وقت صلوة كاملا لتحقق العجز فاشبه الجنون ووجه الاستحسان ان المدة اذا طالت كثرت الفوائت
فيتحرج في الاداء واذا قصرت قلت فلا حرج والكثير ان يزيد على يوم وليلة لانه يدخل في حد
التكرار والجنون كالاغماء كذا ذكره ابو سليمان رح بخلاف النوم لان امتداده نادر فيلحق بالقاصر
ثم الزيادة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد رح لان التكرار يتحقق به وعندهما من حيث الساعات هو المأثور
عن علي وابن عمر رضي الله عنهما

باب سجود التلاوة

سجود التلاوة في القرآن اربعة عشر في آخر الاعراف وفي الرعد والنحل وبني اسرائيل ومريم و

والاولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة و
النجم واذا السماء انشقت واقرأ وكذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد والسجدة
الثانية في الحج للصلوة عندنا وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر
رضي الله عنه وهو المأخوذ للاحتياط والسجدة واجبة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء
قصد سماع القرآن او لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها وعلى من تلاها وهي كلمة ايجاب
وهو غير مقيد بالقصد واذا تلا الامام آية السجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه متابعته وان
تلا المأموم لم يسجد الامام ولا المأموم في الصلوة ولا بعد الفراغ عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يسجدونها اذا فرغوا لان السبب قد تقرر ولا مانع بخلاف حالة الصلوة لانه يؤدي
الى خلاف وضع الامامة او التلاوة ولهما ان المقتدي محجور عن القراءة لنفاذ تصرف الامام
عليه وتصرف المحجور لا حكم له بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان الا انه لا يجب على الحائض بتلاوتها
كما لا يجب بسماعها لانعدام اهلية الصلوة بخلاف الجنب ولو سمعها رجل خارج الصلوة سجدها
هو الصحيح لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم وان سمعوا وهم في الصلوة سجدة من رجل ليس معهم في الصلوة
لم يسجدوها في الصلوة لانها ليست بصلاتية لان سماعهم هذه السجدة ليس من افعال الصلوة وسجدوها
بعدها لتحقق سببها ولو سجدوها في الصلوة لم تجزهم لانه ناقص لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل
قال فاعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلوة لان مجرد السجدة لا ينافي احرام
الصلوة وفي النوادر انه تفسد لانهم زادوا فيها ما ليس منها وقيل هو قول محمد وان
قرأ الامام آية السجدة فسمعها رجل ليس معه في الصلوة فدخل معه بعد ما سجدها الامام لم يكن عليه ان يسجدها
لانه صار مدركا لها بادراك الركعة وان دخل معه قبل ان يسجدها سجدها معه لانه لو لم يسمعها سجدها معه
فههنا اولى وان لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب وكل سجدة وجبت في الصلوة فلم يسجدها
فيها لم تقض خارج الصلوة لانها صلاتية ولها مزية الصلوة فلا تتأدى بالناقص قال ومن
تلا آية سجدة فلم يسجدها حتى دخل في الصلوة فتلاها وسجد لها اجزأته السجدة عن التلاوتين لان
الثانية اقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الاولى وفي النوادر يسجد اخرى بعد الفراغ لان للاولى قوة
السبق فاستويا قلنا للثانية قوة اتصال المقصود فترجحت بها وان تلاها فسجد ثم دخل في
الصلوة فتلاها سجد لها لان الثانية هي المستتبعة ولا وجه الى الحاقها بالاولى لانه يؤدي الى سبق الحكم
على السبب ومن كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد اجزأته سجدة واحدة فان قرأها
في مجلسه فسجدها ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية وان لم يكن سجد للاولى فعليه سجدتان والاصل
ان مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو اليق بالعبادات والثاني

وانما يليق بالعقوبات وامكن التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فاذا اختلف عاد
الحكم الى الاصل ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لانه دليل الاعراض وهو المبطل هناك
وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب وفي المنتقل من غصن الى غصن كذلك في الاصح وكذا
في الدياسة للاحتياط واذا تبدل مجلس السامع دون التالي يتكرر الوجوب على السامع لان السبب في
حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح انه لا يتكرر الوجوب
على السامع لما قلنا ومن اراد السجود كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا
بسجدة الصلوة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا تشهد عليه ولا سلام لان
ذلك للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة ويكره ان يقرأ السورة في الصلوة
او غيرها ويدع آية السجدة لانه يشبه الاستنكاف عنها ولا بأس بان يقرأ آية السجدة
ويدع ما سواها لانه مبادرة اليها قال محمد احب الي ان يقرأ قبلها آية او آيتين
دفعا لوهم التفضيل واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين والله اعلم

باب صلوة المسافر

السفر الذي يتغير به الاحكام ان يقصد مسيرة ثلثة ايام ولياليها بسير الابل ومشي
الاقدام لقوله عليه السلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها عمت الرخصة
الجنس ومن ضرورته عموم التقدير وقدر ابو يوسف بيومين واكثر اليوم الثالث والشافعي
بيوم وليلة في قول وكفى بالسنة حجة عليهما والسير المذكور هو الوسط وعن ابي حنيفة
التقدير بالمراحل وهو قريب من الاول ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح ولا يعتبر السير في الماء
معناه لا يعتبر به السير في البر فاما المعتبر في البحر ما يليق بحاله كما في الجبل قال وفرض المسافر
في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم
ولنا ان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم على تركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى وان
صلى اربعا وقعد في الثانية قدر التشهد اجزأته الاوليان عن الفرض والاخريان له نافلة اعتبارا
بالفجر ويصير مسيئا لتأخير السلام وان لم يقعد في الثانية قدر التشهد بطلت لاختلاط النافلة بها
قبل اكمال اركانها واذا فارق المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها
فيتعلق السفر بالخروج عنها وفيه الاثر عن علي رضي الله عنه لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى
ينوي الاقامة في بلدة او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار
مدة لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو مأثور
عن ابن عباس وابن عمر والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير

الى انه لا يتغير الاقامة في الصلوة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر اقام باذربيجان ستة اشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضوان الله عليهم مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم فيقر وبين ان ينهزم فيفر فلم تكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رح يصح في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعن ابي يوسف رح يصح اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلأ وهم اهل الاخبية قيل لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف لان الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم تجزه لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة او القراءة وان صلى المسافر بالمقيمين ركعتين سلم وأتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد الفرض فكان الاتيان اولى قال ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لان النبي عليه الصلوة والسلام قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر في مصره اتم الصلوة وان لم ينو الاقامة فيه لانه عليه السلام واصحابه رضوان الله عليهم كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر فدخل وطنه الاول قصر لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه عليه السلام بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان الاصل ان الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي واذا نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر يوما لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممتنع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته قال ومن فاتته صلوة في السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء بحسب الاداء والمعتبر في ذلك آخر الوقت لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في الوقت والعاصي والمطيع في سفرهما في الرخصة سواء وقال الشافعي رح سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما القبح فيما يكون بعده او يجاوره فصلح متعلق الرخصة

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله عليه السلام لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عند ابي يوسف رح وعنه انهم اذا اجتمعوا في اكبر مساجدهم لم يسعهم والاول اختيار الكرخي وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي والحكم غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله وتجوز بمنى اذا كان الامير امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم جميعا لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره قال ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر ولا تصح بعده لقوله عليه السلام اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها استقبل الظهر ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي عليه السلام ما صلاها بدون الخطبة في عمره وهي قبل الصلوة بعد الزوال به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة به جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينهما وبين الصلوة فان اقتصر على ذكر الله جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يخطب خطبتين اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها واقلهم عند ابي حنيفة رح ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال رضي الله عنه والاصح ان هذا قول ابي يوسف رح وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس قبل ان يركع الامام ويسجد ولم يبق الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة رح وقالا اذا نفروا عنه بعد ما افتتح الصلوة صلى الجمعة وان نفروا عنه بعد ما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا لزفر رح هو يقول انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد بالشروع في الصلوة ولا يتم

فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة رح ان الانعقاد

الا بتمام الركعة لان ما دونها ليست بصلوة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي الصلوة فلا يشترط دوامها اليها ولا يعتبر بقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا تنعقد بهم الجمعة فلا تتم بهم الجماعة متن ولا تجب الجمعة على مسافر ولا امرأة ولا مريض ولا عبد ولا اعمى لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض ان يؤم في الجمعة وقال زفر لا يجزيه لانه لا فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بينا اما الصبي فمسلوب الاهلية والمرأة لا تصلح لامامة الرجال وتنعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء بطريق الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلوة الامام ولا عذر له كره له ذلك وجازت صلوته وقال زفر لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر في حق الكافة وهذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور التكليف متن فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رح بالسعي وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة فوقها فتنقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص الجمعة فينزل منزلتها في ارتفاع الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به غيره بخلاف السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرائطه ومن ادرك الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليه الجمعة لقوله عليه الصلوة والسلام ما ادركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا وان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما وقال محمد رح ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرائط في حقه فيصلي اربعا اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى يشترط نية الجمعة وهي ركعتان ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان فلا يبني احدهما على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم الجمعة ترك الناس الصلوة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا بأس اذا خرج الامام قبل

ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع بخلاف الصلوة لانها قد تمتد ولابي حنيفة رح قوله عليه الصلوة والسلام اذا خرج الامام فلا صلوة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلوة متن واذا اذن المؤذن الاذان الاول ترك الناس البيع والشراء وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذن بين يدي المنبر ~~فاذا فرغ من خطبته~~ بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله الا هذا الاذان ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا كان بعد الزوال لحصول الاعلام

باب صلوة العيدين

ويجب صلوة العيد على كل من تجب عليه الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رضي الله عنه وهذا تنصيص على السنة والاول على الوجوب وجه الاول مواظبة النبي عليه الصلوة والسلام عليها ووجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرهن قال لا الا ان تطوع والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم قبل الخروج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه السلام كان يطعم يوم الفطر قبل ان يخرج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الغسل والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام كان له جبة فنك او صوف يلبسها في الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلوة ويتوجه الى المصلى ولا يكبر عند ابي حنيفة رح في طريق المصلى وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى لانه يوم تكبير ولا كذلك يوم الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل العيد لان النبي عليه السلام لم يفعل ذلك مع حرصه على الصلوة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة لانه عليه السلام لم يفعله واذا حلت الصلوة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال واذا زالت الشمس خرج وقتها لان النبي عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد متن ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في الاولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبتدئ في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه وهو قولنا وقال ابن عباس رض يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا فظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس رض لامر بنيه الخلفاء واما المذهب فالقول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ

بالاتفاق او كي ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر به فكان من الاصل فيتبع وفي الركعة الاولى يأتي بها
بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفريضة والسبق وفي الثانية لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم
اليها والشافعي رحمه الله اخذ بقول ابن عباس رضي الله عنه الا انه حمل المروي كله على الزوائد فصارت التكبيرات
عنده خمس عشرة او ست عشرة قال ويرفع يديه في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرة
الركوع لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن
ابي يوسف رحمه الله انه لا يرفع والحجة عليه ما رويناه ثم يخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل
المستفيض يعلم الناس فيها صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد
مع الامام لم يقضها لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد
فان غم الهلال وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تأخير
بعذر وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده
لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى اليوم الثاني
عند العذر قال ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر الاكل حتى يفرغ
من الصلوة لما روي انه عليه الصلوة والسلام كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع فيأكل من اضحيته
ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عليه السلام كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين كالفطر كذلك
نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عليه السلام كذلك فعل ويعلم الناس فيها الاضحية وتكبير
التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا للتعليم فان كان عذر يمنع من الصلوة
في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة مؤقتة بوقت
الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء في التأخير من غير عذر لمخالفة المنقول والتعريف
الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين
بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك

فصل في تكبيرات التشريق ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة ويختم عقيب
العصر من آخر ايام التشريق الاختلاف بين الصحابة رضوان الله عليهم فاخذا بقول علي
رضي الله عنه اخذا بالاكثر وهو الاحتياط في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رضي الله عنه اخذا بالاقل
لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان يقول مرة واحدة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله
والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو المأثور عن ابراهيم الخليل صلوات الله الرحمن عليه وهو عقيب
الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات المستحبة عند ابي حنيفة وليس على جماعات
النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله
ما رويناه من قبل وفي التشريق هو التكبير كذا نقل عن الخليل عن محمد رحمه الله ولان الجهر بالتكبير خلاف
السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين
بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم بالمقيمين بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب
فسهوت ان اكبر فكبر ابو حنيفة رحمه الله دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه
لا يؤدى في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب والله تعالى اعلم بالصواب

باب صلوة الكسوف

اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد وقال
الشافعي رحمه الله ركوعان له رواية عائشة رضي الله عنها ولنا رواية ابن عمر رضي الله عنه والحال اكشف
على الرجال لقربهم فكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي عند ابي حنيفة رحمه الله اما التطويل في
القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء
فاذا خفف احدهما طول الآخر واما الاخفاء والجهر فلهما رواية عائشة رضي الله عنها انه جهر فيها
ولابي حنيفة رحمه الله رواية ابن عباس وسمرة رضي الله عنهما والترجيح قد مر من قبل كيف وانها صلوة
النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عليه الصلوة والسلام اذا رأيتم من هذه
الافزاع شيئا فارغبوا الى الله تعالى بالدعاء والسنة في الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي
بهم الجمعة وان لم يحضر صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع
بالليل او لخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عليه السلام اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال
فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل والله تعالى اعلم

باب الاستسقاء

قال ابو حنيفة رحمه الله ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وانما
الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى فقلت استغفروا ربكم انه كان غفارا يرسل السماء
عليكم مدرارا ورسول الله صلى الله عليه وسلم استسقى ولم ترو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام
ركعتين لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام صلى فيه ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس
قلنا فعله مرة وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد وحده ويجهر فيهما بالقراءة اعتبارا
بصلوة العيد ثم يخطب لما روي ان النبي عليه الصلوة والسلام خطب ثم هي كخطبة العيد عند
محمد رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله خطبة واحدة ولا خطبة عند ابي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده
ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب
رداءه لما روينا قال وهذا قول محمد اما عند ابي يوسف وابي حنيفة رحمه الله فلا يقلب

لأنه دعاء فيعتبر بسائر الأدعية وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم أرديتهم لأنه لم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام أمرهم بذلك ولا يحضر أهل الذمة الاستسقاء لأنه لاستنزال الرحمة وإنما تنزل عليهم اللعنة

باب صلاة الخوف

إذا اشتد الخوف جعل الإمام الناس طائفتين طائفة إلى وجه العدو وطائفة خلفه فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فإذا رفع رأسه من السجدة الثانية مضت هذه الطائفة إلى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الإمام ركعة وسجدتين وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا إلى وجه العدو وجاءت الطائفة الأولى فصلوا ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لأنهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا إلى وجه العدو وجاءت الطائفة الأخرى وصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لأنهم مسبوقون وتشهدوا وسلموا والأصل فيه رواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الخوف على الصفة التي قلنا وأبو يوسف وإن أنكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا فإن كان الإمام مقيما صلى بالطائفة الأولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الأولى من المغرب ركعتين وبالثانية ركعة واحدة لأن تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الأولى أولى بحكم السبق ولا يقاتلون في حال الصلاة فإن فعلوا ذلك بطلت صلاتهم لأنه عليه الصلاة والسلام شغل عن أربع صلوات يوم الخندق ولو جاز الأداء مع القتال لما تركها فإن اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون بالركوع والسجود إلى أي جهة شاؤوا إذا لم يقدروا على التوجه إلى القبلة لقوله تعالى فإن خفتم فرجالا أو ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد أنهم يصلون بجماعة وليس بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان

باب الجنائز

إذا احتضر الرجل وجه إلى القبلة على شقه الأيمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لأنه أشرف عليه والمختار في بلادنا الاستلقاء لأنه أيسر لخروج الروح والأول هو السنة ولقن الشهادتين لقوله عليه الصلاة والسلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله إلا الله والمراد الذي قرب من الموت فإذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى التوارث ثم فيه تحسينه فيستحسن

فصل في الغسل

وإذا أرادوا غسله وضعوه على سرير لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة إقامة لواجب الستر ويكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤوه من غير مضمضة واستنشاق لأن الوضوء سنة الاغتسال غير أن إخراج الماء منه متعذر فيتركان ثم يفيضون الماء عليه اعتبارا بحال الحياة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وإنما يوتر لقوله عليه الصلاة والسلام إن الله وتر يحب الوتر ويغلى الماء بالسدر أو بالحرض مبالغة في التنظيف فإن لم يكن فالماء القراح لحصول أصل المقصود ويغسل رأسه ولحيته بالخطمي ليكون أنظف ثم يضجع على شقه الأيسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه الأيمن فيغسل حتى يرى أن الماء قد وصل إلى ما يلي التخت منه لأن السنة هي البداءة بالميامن ثم يجلسه ويسنده إليه ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فإن خرج منه شيء غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لأن الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب كيلا تبتل أكفانه ويجعله في أكفانه ويجعل الحنوط على رأسه ولحيته والكافور على مساجده لأن التطيب سنة والمساجد أولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضي الله عنها علام تنصون ميتكم ولأن هذه الأشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته فصار كالختان

فصل في التكفين

السنة أن يكفن الرجل في ثلاثة أثواب إزار وقميص ولفافة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كفن في ثلاثة أثواب بيض سحولية ولأنه أكثر ما يلبسه عادة في حياته فكذا بعد مماته فإن اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان إزار ولفافة وهذا كفن الكفاية لقول أبي بكر رضي الله عنه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولأنه أدنى لباس الأحياء والإزار من القرن إلى القدم واللفافة كذلك والقميص من أصل العنق إلى القدم وإن أرادوا لف الكفن ابتدؤوا بجانبه الأيسر فلفوه عليه ثم بالأيمن كما في حال الحياة وبسطه أن تبسط اللفافة أولا ثم يبسط عليها الإزار ثم يقمص الميت ويوضع على الإزار ثم يعطف الإزار من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وإن خافوا أن ينتشر الكفن عنه عقدوه بخرقة صيانة عن الكشف وتكفن المرأة في خمسة أثواب درع وإزار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق ثدييها لحديث أم عطية رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب ولأنها تخرج فيها حالة الحياة فكذا بعد الممات ثم هذا بيان كفن السنة وإن اقتصروا على ثلاثة أثواب جاز وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره أقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب واحد إلا في حالة الضرورة لأن مصعب بن عمير رضي الله عنه حين استشهد كفن في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المرأة الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة وتجمر الأكفان قبل أن يدرج فيها الميت وترا لأنه عليه الصلاة والسلام أمر بإجمار أكفان ابنته وترا والإجمار هو التطييب فإذا فرغوا منه صلوا عليه لأنها فريضة

فصل في الصلاة على الميت

وأولى الناس بالصلاة على الميت السلطان إن حضر لأن في التقدم عليه ازدراء به فإن لم يحضر

فالقاضي لانه صاحب الولاية فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حياته قال ثم الولي والاولياء
على الترتيب المذكور فان صلى غير الولي والسلطان اعاد الولي يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق
للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض يتأدى بالاول والتنفل بها غير مشروع
ولهذا رأينا الناس تركوا من آخرهم الصلوة على قبر النبي صلى الله عليه وسلم وهو اليوم كما وضع وان دفن
الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي عليه السلام صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى عليه قبل
ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان قال والصلوة
ان يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عليه السلام ثم يكبر تكبيرة يدعو فيها لنفسه
وللميت وللمسلمين ثم يكبر الرابعة ويسلم لانه عليه السلام كبر اربعا في آخر صلوة صلاها فنسخت ما قبلها
ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم الامام
في رواية وهو المختار والاتيان بالدعوات استغفار للميت والبداءة بالثناء ثم بالصلوة
سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا اجرا وذخرا واجعله لنا
شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر الاخرى بعد
حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى للافتتاح
والمسبوق يأتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته اذ هو منسوخ
ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة المدرك قال ويقوم الذي
يصلي على الرجل والمرأة بحذاء الصدر لانه موضع القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده
اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة بحذاء
وسطها لان انسا رضي الله عنه فعل كذلك وقال هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة
فحال بينها وبينهم قال فان صلوا على جنازة ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان
لا يجزيهم لانها صلوة من وجه لوجود التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في
صلوة الجنازة لان التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان
اي الاعلام وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه قال ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقول النبي
عليه الصلوة والسلام من صلى على جنازة في المسجد فلا اجر له ولانه بني لاداء المكتوبات ولانه يحتمل تلويث
المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ ومن استهل بعد الولادة سمي وغسل
وصلي عليه لقوله عليه السلام اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل لم يصل عليه ولان
الاستهلال دلالة الحيوة فتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل ادرج في خرقة كرامة لبني آدم
ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه نفس من وجه وهو المختار قال

وان سبي صبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل
لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فحكم بالاسلام كما في
اللقيط قال واذا مات الكافر وله ولي مسلم فانه يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك امر علي
في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر حفيرة من غير مراعاة
سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى فصل في حمل الجنازة واذا حملوا الميت على سريره
اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي
السنة ان يحمله رجلان يضعه السابق على اصل عنقه والثاني على اعلى صدره لان جنازة سعد
بن معاذ هكذا حملت قلنا كان ذلك لازدحام الملائكة ويمشون به مسرعين دون الخبب واذا
بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع عن اعناق الرجال لانه قد تقع الحاجة الى التعاون
والقيام امكن منه قال وكيفيته ان تضع مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك
ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب فصل في الدفن
ويحفر القبر ويلحد لقوله عليه الصلوة والسلام اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا
للشافعي فان عنده يسل سلا لما روي انه عليه الصلوة والسلام سل سلا ولنا ان جانب
القبلة معظم فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عليه الصلوة والسلام فاذا
وضع في لحده يقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله كذا قاله رسول الله صلى الله عليه وسلم حين
وضع ابا دجانة رضي الله عنه في القبر ويوجه الى القبلة بذلك امر رسول الله صلى الله عليه وسلم وتحل
العقدة لوقوع الامن من الانتشار ويسوى اللبن على اللحد لانه عليه الصلوة والسلام جعل على قبره
اللبن قال ويسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن
على الستر ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر موضع
البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع الصغير ويستحب اللبن والقصب لانه
عليه السلام جعل على قبره طن من قصب ثم يهال التراب ويسنم القبر ولا يسطح اي لا يربع لانه
نهى عن تربيع القبور ومن شاهد قبر النبي صلى الله تعالى عليه وسلم اخبر انه مسنم

باب الشهيد

الشهيد من قتله المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب
بقتله دية فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عليه الصلوة والسلام
فيهم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم فكل من قتل بالحديدة ظلما وهو طاهر بالغ ولم يجب
عوض مالي فهو في معناهم فيلحق بهم والمراد بالاثر الجراحة لانه دلالة القتل وكذا خروج الدم من

من موضع غير معتاد كالعين ونحوه والشافعي رح يخالفنا في الصلوة ويقول السيف محاء
للذنوب فاغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلوة على الميت لاظهار كرامته والشهيد اولى بها
والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالنبي والصبي ومن قتله اهل الحرب او اهل البغي
او قطاع الطريق فباي شيء قتلوه لم يغسل لان شهداء احد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح
واذا استشهد الجنب غسل عند ابي حنيفة رح وقالا لا يغسل لان ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني
لم يجب للشهادة ولابي حنيفة رح ان الشهادة عرفت مانعة غير رافعة فلا ترفع الجنابة وقد صح ان
حنظلة رضه لما استشهد جنبا غسلته الملائكة صلوات الله عليهم اجمعين وعلى هذا الخلاف الحائض و
النفساء اذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف الصبي لهما ان الصبي احق
بهذه الكرامة وله ان السيف كفى عن الغسل في حق شهداء احد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي
فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الحشو والفرو
والقلنسوة والسلاح والخف لانها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤوا اتماما
للكفن ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحيوة لان بذلك يخف
اثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء احد والارتثاث ان ياكل او يشرب او ينام او يداوي او
ينقل من المعركة حيا لانه نال بعض مرافق الحيوة وشهداء احد ماتوا عطاشا والكاس تدار عليهم خوفا
من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كيلا تطأه الخيول لانه ما نال شيئا من الراحة
ولو اواه فسطاط او خيمة كان مرتثا لما بينا ولو بقي حيا حتى مضى وقت صلوة وهو يعقل
فهو مرتث لان تلك الصلوة تصير دينا في ذمته وهو من احكام الاحياء قال رضي الله عنه
وهو مروي عن ابي يوسف رح واذا اوصى بشيء من امور الآخرة كان ارتثاثا عند ابي يوسف
لانه ارتفاق وعند محمد رح لا يكون لانه من احكام الاموات ومن وجد قتيلا في المصر غسل لان
الواجب فيه القسامة والدية فخف اثر الظلم الا اذا علم انه قتل بحديدة ظلما لان الواجب
فيه القصاص وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهرا اما في الدنيا واما في العقبى وعند ابي يوسف
ومحمد رح ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات ان شاء الله ومن قتل في حد او قصاص
غسل وصلي عليه لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء احد بذلوا انفسهم لابتغاء
مرضات الله فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة او قطاع الطريق لم يصل عليه لان عليا رضه لم يصل على البغاة

باب الصلوة في الكعبة

الصلوة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافا للشافعي رح فيهما ولمالك رح في الفرض لانه عليه السلام
صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولانها صلوة استجمعت شرائطها لوجود استقبال القبلة لان استيعابها
ليس بشرط فان صلى الامام بجماعة فيها فجعل بعضهم ظهره الى ظهر الامام جاز
لانه متوجه الى القبلة ولا يعتقد امامه على الخطأ بخلاف مسئلة التحري ومن جعل منهم ظهره
الى وجه الامام لم تجز صلوته لتقدمه على امامه واذا صلى الامام في المسجد الحرام فتحلق الناس حول
الكعبة وصلوا بصلوة الامام فمن كان منهم اقرب الى الكعبة من الامام جازت صلوته
اذا لم يكن في جانب الامام لان التقدم والتأخر انما يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة
جازت صلوته خلافا للشافعي رح لان الكعبة هي العرصة والهواء الى عنان السماء عندنا دون
البناء لانه ينقل الا ترى انه لو صلى على جبل ابي قبيس جاز ولا بناء بين يديه الا انه يكره لما فيه من
ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه عن النبي عليه السلام

كتاب الزكوة

الزكوة واجبة على الحر العاقل البالغ المسلم اذا ملك نصابا ملكا تاما وحال عليه الحول اما الوجوب
فلقوله تعالى واتوا الزكوة ولقوله عليه الصلوة والسلام ادوا زكوة اموالكم وعليه اجماع الامة
والمراد بالواجب الفرض لانه لا شبهة فيه واشتراط الحرية لان كمال الملك بها والعقل والبلوغ
لما نذكره والاسلام لان الزكوة عبادة ولا تتحقق العبادة من الكافر ولا بد من ملك مقدار
النصاب لانه عليه السلام قدر السبب به ولا بد من الحول لانه لا بد من مدة يتحقق فيها النماء و
قدرها الشرع بالحول لقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول ولانه الممكن
منه لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الاسعار فيها فادير الحكم عليه ثم قيل
هي واجبة على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخي لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن
بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة خلافا للشافعي رح فانه يقول هي غرامة
مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار كالعشر والخراج ولنا انها عبادة فلا تتأدى الا
بالاختيار تحقيقا لمعنى الابتلاء ولا اختيار لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لانه مؤنة الارض وكذا
الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى العبادة تابع ولو افاق في بعض السنة فهو بمنزلة افاقته في
بعض الشهر في الصوم وعن ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الحول ولا فرق بين الاصلي والعارض
وعن ابي حنيفة رح انه اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة بمنزلة الصبي اذا بلغ وليس
على المكاتب زكوة لانه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من اهل
ان يعتق عبده ومن كان عليه دين يحيط بماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رح
تجب لتحقق السبب وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما
كالماء المستحق بالعطش وثياب البذلة والمهنة وان كان ماله اكثر من الدين زكى الفاضل اذا بلغ نصابا
لفراغه عن الحاجة والمراد به دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة

ودين الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر فيهما ولابي يوسف في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا من جهة العباد وهو الامام في السوائم ونائبه في اموال التجارة فان الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مشغولة بالحاجة الاصلية وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا ومن له على اخر دين فجحده سنين ثم قامت له بينة لم يزكه لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي ومن جملته المال المفقود والابق والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والمغصوب والمجحود على هذا الخلاف ولهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكوة في مال الضمار ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ ولو كان الدين على مقر مليء او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان الدين على مقر مفلس فهو نصاب عند ابي حنيفة لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد لا تجب لتحقق الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة في حكم الزكوة رعاية لجانب الفقراء **قال** ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنها الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة وان نواها للتجارة بعد ذلك لم تكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث ونوى التجارة لانه لا عمل منه ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح او الخلع او بالصلح عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف لاقترانها بالعمل وعند محمد لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه **قال** ولا يجوز اداء الزكوة الا بنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكوة عبادة فكان من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد لان الواجب شائع في الكل وعند ابي يوسف لا يسقط لان البعض ليس بمتعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول

بخلاف الاول

محلا للواجب بخلاف الاول

باب صدقة السوائم

فصل في الابل

ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين فاذا بلغت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم اذا زادت على مائة وعشرين تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستأنف الفريضة فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف الفريضة ابدا كما تستأنف في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة لما روي انه عليه الصلوة والسلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا انه عليه الصلوة والسلام كتب في اخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلثين من البقر السائمة صدقة فاذا كانت ثلثين سائمة وحال عليها الحول ففيها تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسنة او مسن وهي التي طعنت في الثالثة بهذا امر رسول الله صلى الله عليه وسلم معاذا فاذا زادت على الاربعين وجب في الزيادة بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة ففي الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا بخلاف القياس ولا نص هنا وروى الحسن عنه انه لا يجب في الزيادة شيء حتى يبلغ خمسين ثم فيها مسنة وربع مسنة او ثلث

تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا شيء في الزيادة حتى يبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة لقوله عليه السلام لمعاذ لا تأخذ
من اوقاص البقر شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في
ستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين ثلثة
اتبعة وفي المائة تبيعان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشرة من تبيع الى مسنة ومن مسنة الى
تبيع لقوله عليه السلام في كل ثلثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة والجواميس والبقر سواء
لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث
به الحالف لا ياكل لحم بقر **فصل في الغنم** ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين
سائمة وحال عليها الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين
فاذا زادت واحدة ففيها ثلث شياه فاذا بلغت اربعمائة ففيها اربع شياه ثم في
كل مائة شاة شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي كتاب ابي بكر الصديق رضي الله عنه وعليه انعقد
الاجماع والضأن والمعز سواء لان لفظة الغنم شاملة للكل والنص ورد به ويؤخذ الثني في زكوتها
ولا يؤخذ الجذع من الضأن الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة والجذع ما اتت عليه اكثرها وعن ابي حنيفة وهو قولهما
انه يؤخذ الجذع لقوله عليه السلام انما حقنا الجذعة والثنية ولانه يتأدى به الاضحية فكذا الزكوة ووجه
الظاهر حديث علي رضي الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب
هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا يجوز الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا
والمراد بما روي الجذعة من الابل ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة يتناولهما
وقد قال عليه الصلوة والسلام في اربعين شاة شاة **فصل في الخيل** اذا كانت الخيل سائمة
ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى
من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا لا زكوة في الخيل لقوله
عليه السلام ليس على المسلم في عبده ولا فرسه صدقة وله قوله عليه السلام في كل فرس سائمة دينار او عشرة
دراهم وتأويل ما رواه فرس الغازي وهو المنقول عن زيد بن ثابت والتخيير بين الدينار والتقويم
مأثور عن عمر رضي الله عنه وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية
الذكور وعنه انه تجب في الذكور المنفردة ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عليه السلام لم ينزل علي
فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا ان يكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال
التجارة **فصل** وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رحمه الله وهذا آخر
اقواله وهو قول محمد رحمه الله وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر رحمه الله

زفر رحمه الله ومالك رحمه الله ثم رجع وقال فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف رحمه الله والشافعي رحمه الله ووجه قوله الاول
ان الاسم المذكور في الخطاب ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما
يجب في المهازيل واحدة منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب
ما ورد به الشرع امتنع اصلا واذا كان فيها واحدة من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا
دون تأدية الزكوة ثم لا يخرج عن الصدقة باداء واحدة من الصغار ثم عند ابي يوسف رحمه الله
لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلثين من العجاجيل ويجب في كل خمس من
من الفصلان واحدة ثم لا يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثنى الواجب ثم لا
يجب شيء حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسان يثلث الواجب ولا يجب فيما دون خمس وعشرين في
رواية وعنه انه يجب في خمس خمس فصيل وفي العشر خمسا فصيل على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر
الى قيمة خمس فصيل في خمس والى قيمة شاة فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة خمسي فصيل على هذا الاعتبار
قال ومن وجب عليه سن فلم توجد عنده اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او ادنى منها
واخذ الفضل وهذا يبتني على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى
الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني
يجبر لانه لا بيع بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز دفع القيمة في الزكوة عندنا وكذا في الكفارات وصدقة الفطر
والعشر والنذر وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر
بالاداء الى الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة وصار كالجزية بخلاف
الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه سد
خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا لمالك له
ظاهر النصوص ولنا قوله عليه الصلوة والسلام ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيرة صدقة
ولان السبب هو المال النامي ودليله الاسامة او الاعداد للتجارة ولم يوجد ولان في العلوفة تتراكم
المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي في اكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول
او اكثر كانت علوفة لان القليل تابع للاكثر **قال** ولا ياخذ المصدق خيار المال ولا
رذالته ويأخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تأخذوا من حزرات اموال الناس اي كرائمها وخذوا
من حواشي اموالهم اي اوساطها ولان فيه نظرا من الجانبين **قال** ومن كان له نصاب
فاستفاد في اثناء الحول من جنسه ضمه اليه وزكاه به وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لانه اصل في
حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الاولاد والارباح لانها تابعة في الملك حتى ملكت
بملك الاصل ولنا ان المجانسة هي العلة في الاولاد والارباح لان عندها يتعسر المي

فيصرف العفو الى النصاب لكل مستقل وما شرط الحول الا للنصب ت والزكوة عند ابي حنيفة
وابي يوسف في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر فيهما وثمرته تظهر فيما اذا هلك العفو بعد الحول
بقي كل الواجب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر يسقط بقدره ولمحمد وزفر
ان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام في خمس من الابل شاة وليس
في الزيادة شيء حتى يبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب نفى الوجوب عن العفو ولان العفو تبع للنصاب
فيصرف الهلاك اولا الى التبع كالربح في مال المضاربة ولهذا قال ابو يوسف يصرف الهلاك
بعد العفو الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه الى ان ينتهي لان الاصل هو النصاب الاول وما زاد عليه
تابع وعند ابي حنيفة يصرف بعد العفو الى النصب شائعا واذا اخذ الخوارج خراجا و
صدقة السوائم لا يثنى عليهم لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وافتوا ان يعيدوها دون الخراج
لانهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء وهم لا يصرفونها اليهم وقيل اذا
نوى بالدفع التصدق عليهم سقط عنه وكذا الدفع الى كل جائر لانهم بما عليهم من التبعات
فقراء والاول احوط وليس على الصبي من بني تغلب شيء وعلى المرأة ما على الرجل منهم
لان الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ من المسلمين ويؤخذ من نساء المسلمين دون صبيانهم
ت وان هلك المال بعد وجوب الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي يضمن اذا هلك
بعد التمكن من الاداء لان الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر لا يسقط بعد الطلب فصار
كصدقة الفطر ولانه منع بعد الطلب فصار كالاستهلاك ولنا ان الواجب جزء من النصاب
تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاكه كدفع العبد بالجناية يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك
ولم يتحقق منه الطلب وبعد طلب الساعي قيل يضمن وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي
الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض يسقط بقدره اعتبارا له بالكل وان قدم الزكوة
على الحول وهو مالك النصاب جاز لانه ادى بعد سبب الوجوب فيجوز كما اذا كفر بعد الجرح
وفيه خلاف مالك ويجوز التعجيل لاكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب اذا كان في ملكه نصاب
واحد خلافا لزفر لان النصاب الاول هو الاصل في السببية والزائد عليه تابع له

باب زكوة المال

ش في الفضة ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس
اواق صدقة والاوقية اربعون درهما فاذا كانت مائتين وحال عليها
الحول ففيها خمسة دراهم لانه عليه الصلوة والسلام كتب الى معاذ ان خذ من كل مائتي
درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال ولا شيء في

الزيادة حتى تبلغ اربعين فيكون فيها درهم ثم في كل اربعين
درهما درهم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه
وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه وما زاد على المائتين
فزكوته بحسابه وهو قول الشافعي ولقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه ما زاد على المائتين
فبحسابه ولان الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى
وبعد النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولابي حنيفة قوله عليه السلام في حديث معاذ
لا تأخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم ليس فيما دون الاربعين صدقة
ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم وزن
سبعة وهو ان يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل وبذلك جرى التقدير في ديوان عمر
رضي الله عنه واستقر الامر عليه واذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة
وان كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر ان تبلغ قيمتها نصابا لان الدراهم
لا تخلو عن قليل غش لانها لا تنطبع الا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو ان
يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف ان شاء الله تعالى الا انه في غالب
الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض الا اذا كان يخلص منها فضة تبلغ نصابا
لانه لا يعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة ش وفي الذهب ليس فيما دون عشرين
مثقالا من الذهب صدقة فاذا كانت عشرين مثقالا ففيها نصف مثقال
لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف ثم في كل
اربعة مثاقيل قيراطان لان الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا اذ كل مثقال عشرون قيراطا
وليس فيما دون اربعة مثاقيل صدقة عند ابي حنيفة وعندهما يجب بحساب ذلك
وهي مسألة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون اربعة مثاقيل في هذا كاربعين
درهما ت وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وانيتهما الزكوة وقال الشافعي
لا تجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لانه مبتذل في مباح فشابه ثياب البذلة
ولنا ان السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الاعداد للتجارة خلقة والدليل
هو المعتبر بخلاف الثياب ت وفي عروض التجارة الزكوة واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت
اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق او الذهب لقوله عليه السلام فيها يقومها فيؤدي
من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء باعداد العبد فاشبه المعد
باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم قال يقومها بما هو انفع للمساكين

انفع للفقراء قال رضي الله عنه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع ان يقومها بما يبلغ نصابا وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقومها بما اشترى ان كان الثمن من النقود لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود يقومها بالنقد الغالب وعن محمد رحمه الله انه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك فيما بين ذلك لانه حالة البقاء وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم بالقيمة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما بالاجزاء وهو رواية عنه حتى ان من كان له مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب تبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر دون القيمة حتى لا تجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتين وقيمته فوقها هو يقول ان الضم للمجانسة وهي تتحقق باعتبار المعنى دون الصورة فيضم بها والله تعالى اعلم

باب فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر من نصبه الامام على الطريق ليأخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او الفراغ من الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت الى عاشر آخر ومراده اذا كان في تلك السنة عاشر آخر لانه ادعى وضع الامانة موضعها بخلاف ما اذا لم يكن عاشر آخر في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقات السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء في المصر لا يصدق وان حلف وقال الشافعي رحمه الله يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول ينقلب نفلا هو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط قال وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم فتراعى تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن امهات اولادي

او غلمان لي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانها تبتنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ لا يجب الا من المال قال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر هكذا امر عمر رضي الله عنه سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة او ضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا نأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منه لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية قال وان مر حربي بمائتي درهم ولا يعلم كم يأخذون منا نأخذ منه العشر لقول عمر رضي الله عنه فان اعياكم فالعشر وان علم انهم يأخذون منا ربع العشر او نصف العشر نأخذ بقدره وان كانوا يأخذون الكل لا نأخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا يأخذون اصلا لا نأخذ منهم ليتركوا الاخذ من تجارنا ولانا احق بمكارم الاخلاق قال وان مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى لم يعشره حتى يحول عليه الحول لان الاخذ في كل مرة استئصال المال وحق الاخذ لحفظه ولان حكم الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا والاخذ بعده لا يستأصل المال وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستئصال فان مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال الشافعي رحمه الله لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر رحمه الله يعشرهما لاستوائهما في المالية عندهم وقال ابو يوسف رحمه الله يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر فان مر بكل واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير ووجه الفرق على الظاهر ان القيمة في ذوات القيم لها حكم العين والخنزير منها وفي ذوات الامثال ليس لها هذا الحكم والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل فكذا يحميها على غيره ولا يحمي خنزير نفسه بل يجب تسييبه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره قال ولو مر صبي او امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل لما ذكرنا في السوائم ومن مر على العاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولو مر بمائتي درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون باداء زكوتها قال وكذا المضاربة يعني اذا مر المضارب على العاشر وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال نهيه عن التصرف فيه بعد ما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكرنا في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ نصيبه نصابا فيؤخذ

جزء منه لأنه مالك له قال ولو مر عبد مأذون له بمائتي درهم وليس عليه دين عشره
وقال أبو يوسف رحمه الله لا أدري أن أبا حنيفة رجع عن هذا أم لا وقياس قوله الثاني في المضاربة وهو
قولهما أنه لا يعشره لأن الملك فيما في يده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في
العبد يعشر بكل حال لأنه يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج إلى الحماية والمضارب يتصرف بحكم
النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج إلى الحماية فلا يكون الرجوع في
المضارب رجوعا في العبد وإن كان مولاه معه يؤخذ منه لأن الملك له إلا إذا كان على العبد دين
يحيط بماله لانعدام الملك أو للشغل قال ومن مر على عاشر الخوارج في أرض قد غلبوا عليها فعشره يثنى
عليه الصدقة معناه إذا مر على عاشر أهل العدل لأن التقصير من جهته حيث مر عليه والله أعلم

باب المعادن والركاز

معدن ذهب أو فضة أو حديد أو رصاص أو صفر وجد في أرض خراج أو عشر ففيه الخمس عندنا وقال
الشافعي رحمه الله لا شيء عليه فيه لأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد إلا إذا كان المستخرج ذهبا أو فضة ففيه
الزكاة ولا يشترط الحول في قول لأنه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام
وفي الركاز الخمس وهو من الركز فأطلق على المعدن ولأنها كانت في أيدي الكفرة وحوتها
أيدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف الصيد لأنه لم يكن في يد أحد إلا أن
للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر وأما الحقيقية فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية
في حق الأربعة الأخماس حتى كانت للواجد ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فيه الخمس لإطلاق ما روينا وله أنه من أجزاء الأرض مركب فيها
ولا مؤنة في سائر الأجزاء فكذا في هذا الجزء لأن الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لأنه غير مركب فيها
فإن وجده في أرضه فعن أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان ووجه الفرق على إحداهما وهو رواية الجامع
الصغير أن الدار ملكت خالية عن المؤن دون الأرض ولهذا وجب العشر والخراج في
الأرض دون الدار فكذا هذه المؤنة قال وإن وجد ركازا أي كنزا وجب فيه الخمس عندهم
لما روينا واسم الركاز ينطلق على الكنز لمعنى الركز وهو الإثبات ثم إن كان على ضرب
أهل الإسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وإن
كان على ضرب أهل الجاهلية كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم إن وجده
في أرض مباحة فأربعة أخماسه للواجد لأنه تم الإحراز منه إذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وإن
وجده في أرض مملوكة فكذا الحكم عند أبي يوسف رحمه الله لأن الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند
أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو للمختط له وهو الذي ملكه الإمام هذه البقعة أول الفتح لأنه سبقت

سبقت يده إليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وإن كانت على الظاهر كمن
اصطاد سمكة في بطنها درة ملك الدرة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لأنه مودع فيها بخلاف
المعدن لأنه من أجزائها فينتقل إلى المشتري وإن لم يعرف المختط له يصرف إلى أقصى مالك
يعرف في الإسلام على ما قالوا ولو اشتبه الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لأنه الأصل
وقيل يجعل إسلاميا في زماننا لتقادم العهد قال ومن دخل دار الحرب بأمان فوجد في
دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لأن ما في الدار في يد صاحبها خصوصا وإن
وجده في الصحراء فهو له لأنه ليس في يد أحد على الخصوص فلا يعد غدرا ولا شيء فيه لأنه بمنزلة
المتلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال خمس لقوله عليه السلام لا خمس في
الحجر وفي الزئبق الخمس في قول أبي حنيفة آخرا خلافا لأبي يوسف رحمه الله ولا خمس في اللؤلؤ
والعنبر عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف فيهما وفي كل حلية تخرج من البحر
الخمس لأن عمر رضي الله عنه أخذ الخمس من العنبر ولهما أن قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ
منه غنيمة وإن كان ذهبا أو فضة والمروي عن عمر فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد
ركازا فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه إذا وجد في أرض لا مالك لها لأنه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكاة الزروع والثمار

قال أبو حنيفة رحمه الله في قليل ما أخرجته الأرض وكثيره العشر سواء سقي سيحا أو سقته السماء
إلا القصب والحطب والحشيش وقالا لا يجب العشر إلا فيما له ثمرة باقية إذا بلغ خمسة
أوسق والوسق ستون صاعا بصاع النبي عليه السلام وليس في الخضراوات عندهما
عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الأول قوله
عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولأنه صدقة فيشترط فيه النصاب
لتحقق الغنى ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام ما أخرجت الأرض ففيه العشر من غير فصل وتأويل
ما روياه زكاة التجارة لأنهم كانوا يتبايعون بالأوساق وقيمة الوسق أربعون درهما
ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول لأنه للاستنماء
وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عليه السلام ليس في الخضراوات صدقة والزكاة غير منفية
فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة يأخذها العاشر وبه أخذ أبو حنيفة
فيه ولأن الأرض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هي الأرض النامية ولهذا يجب فيها الخراج
أما الحطب والقصب والحشيش فلا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها
حتى لو اتخذها مقصبة أو مشجرة أو منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي

أما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لأنه يقصد بها استغلال الأرض بخلاف
السعف والتبن لأن المقصود الحب والثمر دونهما قال وما سقي بغرب أو دالية
أو سانية ففيه نصف العشر على القولين لأن المؤنة تكثر فيه وفيما سقي بالسماء
أو سيحا وإن سقي سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر السنة كما مر في السائمة وقال أبو يوسف
فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب فيه العشر إذا بلغت قيمته قيمة خمسة أوسق من أدنى
ما يوسق كالذرة في زماننا لأنه لا يمكن التقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض
التجارة وقال محمد رح يجب العشر إذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه
فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلاثمائة من وفي الزعفران خمسة أمنان لأن التقدير
بالوسق كان لاعتبار أنه أعلى ما يقدر به وفي العسل العشر إذا أخذ من أرض العشر وقال
الشافعي رح لا يجب لأنه متولد من الحيوان فأشبه الإبريسم ولنا قوله عليه السلام في العسل
العشر ولأن النحل يتناول من الأنوار والثمار وفيهما العشر فكذا فيما يتولد منهما بخلاف دود
القز لأنه يتناول الأوراق ولا عشر فيها ثم عند أبي حنيفة رح يجب العشر قل أو كثر لأنه لا
يعتبر النصاب وعن أبي يوسف أنه يعتبر فيه قيمة خمسة أوسق كما هو أصله وعنه أنه لا شيء فيه
حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة أنهم كانوا يؤدون إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك
وعنه خمسة أمنان وعن محمد رح خمسة أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا لأنه أقصى ما يقدر
به وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن أبي يوسف رح أنه
لا يجب لانعدام السبب وهي الأرض النامية وجه الظاهر أن المقصود حاصل وهو الخارج وكل شيء أخرجته
الأرض مما فيه العشر لا يحتسب فيه أجر العمال ونفقة البقر لأن النبي عليه السلام حكم بتفاوت الواجب
لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها قال تغلبي له أرض عشر عليه العشر مضاعفا عرف ذلك
بإجماع الصحابة وعن محمد رح أن ما اشتراه التغلبي من المسلم عشر واحد لأن الوظيفة عنده
لا تتغير بتغير المالك فإن اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه في الجملة كما
إذا مر على العاشر وكذا إذا اشتراها منه مسلم أو أسلم التغلبي عند أبي حنيفة رح سواء كان التضعيف
أصليا أو حادثا لأن التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل إلى المسلم بما فيها كالخراج وقال أبو يوسف
يعود إلى عشر واحد لزوال الداعي إلى التضعيف قال في الكتاب وهو قول محمد رح فيما صح عنه
قال اختلفت النسخ في بيان قوله والأصح أنه مع أبي حنيفة رح في بقاء التضعيف إلا أن قوله
لا يتأتى إلا في الأصل لأن التضعيف لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت
الأرض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند أبي حنيفة رح

عند أبي حنيفة رح لأنه أليق بحال الكافر وعند أبي يوسف رح العشر مضاعفا ويصرف
مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا أهون من التبديل وعند محمد رح هي عشرية على
حالها لأنه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف الصدقات
وفي رواية مصارف الخراج فإن أخذها منه مسلم بالشفعة أو ردت على البائع لفساد
البيع فهي عشرية كما كانت أما الأول فلتحول الصفقة إلى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم وأما
الثاني فلأنه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كأن لم يكن ولأن حق المسلم لم ينقطع بهذا
الشراء لكونه مستحق الرد وإذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناه إذا
سقاه بماء العشر أما إذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لأن المؤنة في مثل هذا
تدور مع الماء قال وليس على المجوسي في داره شيء لأن عمر رضي الله عنه جعل المساكن عفوا
وإن جعلها بستانا فعليه الخراج وإن سقاه بماء العشر لتعذر إيجاب العشر إذ فيه معنى القربة
فيتعين الخراج وهو عقوبة تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري إلا أن
عند محمد رح عشر واحد وعند أبي يوسف رح عشران وقد مر الوجه فيه ثم الماء العشري ماء السماء
والآبار والعيون والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد والماء الخراجي ماء الأنهار التي
شقها الأعاجم وماء جيحون وسيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رح لأنه لا يحميها
أحد كالبحار وخراجي عند أبي يوسف رح لأنه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها
وفي أرض الصبي والمرأة التغلبيين ما في أرض الرجل التغلبي يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد
في الخراجية لأن الصلح قد جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة
إذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك إذا كانا منهم وليس في عين القير والنفط في
أرض العشر شيء لأنه ليس من أنزال الأرض وإنما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في أرض الخراج
خراج وهذا إذا كان حريمه صالحا للزراعة لأن الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة والله أعلم

باب من يجوز دفع الصدقة إليه ومن لا يجوز

الأصل فيه قوله تعالى إنما الصدقات للفقراء الآية فهذه ثمانية أصناف وقد سقط
منها المؤلفة قلوبهم لأن الله تعالى أعز الإسلام وأغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الإجماع
والفقير من له أدنى شيء والمسكين من لا شيء له وهذا مروي عن أبي حنيفة رح وقد قيل
على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان أو صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا إن شاء الله
والعامل يدفع إليه الإمام إن عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن خلافا
للشافعي رح لأن استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا يأخذ وإن كان غنيا إلا أن فيه شبهة

الصدقة فلا يأخذه إلى من الكفاية تنزيها لقرابة الرسول عليه السلام عن شبهة الوسخ و
الغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم يعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعانون المكاتبون
منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه وفي
[illegible] وفي سبيل الله
منقطع الغزاة عند أبي يوسف رح لأنه المتفاهم عند الإطلاق وعند محمد رح منقطع الحاج ولا يصرف إلى
أغنياء الغزاة عندنا لأن المصرف هو الفقراء وابن السبيل من كان له مال في وطنه وهو في مكان لا شيء
له فيه قال فهذه جهات الزكوة فللمالك أن يدفع إلى كل واحد منهم وله أن يقتصر على صنف
واحد وقال الشافعي رح لا يجوز إلا أن يصرف إلى ثلثة من كل صنف لأن الإضافة بحرف اللام
للاستحقاق ولنا أن الإضافة لبيان أنهم مصارف لا لإثبات الاستحقاق وهذا لما عرف
أن الزكوة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته والذي ذهبنا
إليه مروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم ولا يجوز أن يدفع الزكوة إلى ذمي لقوله عليه السلام لمعاذ
بن جبل رضي الله عنه خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم ويدفع إليه ما سوى ذلك من الصدقة و
قال الشافعي رح لا يدفع وهو رواية عن أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح اعتبارا بالزكوة ولنا
قوله عليه السلام تصدقوا على أهل الأديان كلها ولولا حديث معاذ لقلنا بالجواز في الزكوة ولا
يبنى بها مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها دين ميت لأن
قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت قال ولا يشترى بها رقبة تعتق
خلافا لمالك ذهب إليه في تأويل قوله تعالى وفي الرقاب ولنا أن الإعتاق إسقاط الملك و
ليس بتمليك ولا يدفع إلى غني لقوله عليه السلام لا تحل الصدقة لغني وهو بإطلاقه حجة على الشافعي رح
في غني الغزاة وكذا حديث معاذ رضي الله عنه على ما روينا قال ولا يدفع المزكي زكوته إلى
أبيه وجده وإن علا ولا إلى ولده وولد ولده وإن سفل لأن منافع الأملاك بينهم متصلة
فلا يتحقق التمليك على الكمال ولا إلى امرأته للاشتراك في المنافع ولا تدفع المرأة إلى زوجها
عند أبي حنيفة رح لما ذكرنا وقالا تدفع إليه لقوله عليه السلام لك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة قاله لامرأة
بن مسعود وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هو محمول على النافلة قال ولا يدفع إلى مدبره
ومكاتبه وأم ولده لفقدان التمليك إذ كسب المملوك لسيده وله حق في كسب مكاتبه فلم
يتم التمليك ولا إلى عبد قد أعتق بعضه عند أبي حنيفة رح لأنه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع
إليه لأنه حر مديون عندهما ولا يدفع إلى مملوك غني لأن الملك واقع لمولاه ولا إلى ولد غني
إذا كان صغيرا لأنه يعد غنيا بمال أبيه بخلاف ما إذا كان كبيرا لأنه لا يعد غنيا بيسار أبيه

بيسار أبيه وإن كانت نفقته عليه وبخلاف امرأة الغني لأنها إذا كانت فقيرة لا تعد غنية
بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة ولا يدفع إلى بني هاشم لقوله عليه السلام يا بني
هاشم إن الله حرم عليكم غسالة أموال الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف
التطوع لأن المال ههنا كالماء يتدنس بإسقاط الفرض أما التطوع فبمنزلة التبرد قال وهم
آل علي وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحارث بن عبد المطلب ومواليهم أما
هؤلاء فإنهم ينسبون إلى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة إليه وأما مواليهم فلما روي أن
مولى لرسول الله صلى الله عليه وسلم سأله أتحل لي الصدقة فقال لا أنت مولانا بخلاف ما إذا أعتق
القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ويعتبر حال المعتق لأنه القياس والإلحاق بالمولى
بالنص وقد خص الصدقة قال أبو حنيفة ومحمد رح إذا دفع الزكوة إلى رجل يظنه فقيرا
ثم بان أنه غني أو هاشمي أو كافر أو دفع في ظلمة فبان أنه أبوه أو ابنه فلا إعادة عليه
وقال أبو يوسف رح عليه الإعادة لظهور خطئه بيقين وإمكان الوقوف على هذه
الأشياء وصار كالأواني والثياب ووجه قولهما حديث معن بن يزيد فإنه عليه السلام قال فيه يا
يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما أخذت وقد دفع إليه وكيل أبيه صدقته ولأن الوقوف
على هذه الأشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الأمر فيها على ما يقع عنده كما إذا اشتبهت عليه
القبلة وعن أبي حنيفة رح في غير الغني أنه لا يجزئه والظاهر هو الأول وهذا إذا تحرى فدفع وفي
أكبر رأيه أنه مصرف أما إذا شك ولم يتحر أو تحرى فدفع وفي أكبر رأيه أنه ليس بمصرف لا يجزئه
إلا إذا علم أنه فقير هو الصحيح ولو دفع إلى شخص ثم علم أنه عبده أو مكاتبه لا يجزئه لانعدام التمليك
لعدم أهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكوة إلى من يملك نصابا من أي مال
كان لأن الغنى الشرعي مقدر به والشرط أن يكون فاضلا عن الحاجة الأصلية وإنما النماء شرط
الوجوب قال ويجوز دفعها إلى من يملك أقل من ذلك وإن كان صحيحا مكتسبا لأنه
فقير والفقراء هم المصارف ولأن حقيقة الحاجة لا يوقف عليها فأدير الحكم على دليلها وهو فقد
النصاب ويكره أن يدفع إلى واحد مائتي درهم فصاعدا وإن دفع جاز وقال زفر رح لا يجوز
لأن الغنى قارن الأداء فحصل الأداء إلى الغني ولنا أن الغنى حكم الأداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب
الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة قال محمد رح وأن يغني بها إنسانا أحب إلي معناه الإغناء
عن السؤال يومه ذلك لأن الإغناء مطلقا مكروه ويكره نقل الزكوة من بلد إلى بلد وإنما
تفرق صدقة كل فريق فيهم لما روينا من حديث معاذ وفيه رعاية حق الجوار إلا أن
ينقلها الإنسان إلى قرابته أو إلى قوم هم أحوج من أهل بلده لما فيه من الصلة أو زيادة

ودفع الحاجة ولو عجل بالعشر عن ... اجزأه وان كان يكره لان المصرف ... الفقراء ...

باب صدقة الفطر

واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده
اما وجوبها فلقوله عليه السلام في خطبته ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر
او صاعا من تمر او صاعا من شعير رواه ثعلبة بن صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب
لعدم القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عليه السلام
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي في قوله تجب على من يملك زيادة على قوت
يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدير الغنى في الشرع به فاضلا عن ما ذكر من الاشياء
لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا يشترط فيه النمو
ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطرة يخرج ذلك عن نفسه
لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكوة الفطر على الذكر والانثى و
يخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانها تضاف اليه يقال زكوة
الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا تتعدد بتعدد
الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو في معناه
كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم وما لكه لعبيده الولاية والمؤنة وهذا اذا كانوا فقراء
ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور الولاية والمؤنة
فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداواة ولا عن اولاده الكبار
وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته بغير امرهم اجزأه استحسانا
لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب عن نفسه لفقره وفي
المدبر وام الولد ولاية ثابتة فيخرج عنهما ويخرج عن عبيده للخدمة ولو كافرا خلافا للشافعي
فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الاداء على المولى فلا تجب عنده ووجوبها على المولى
بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثنى ولا عبد بين شريكين لا فطرة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة
في حق كل واحد منهما وكذا العبيد بين اثنين عند ابي حنيفة وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من
الرؤوس دون الاشقاص بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع
النصيب قبل القسمة فلم يتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر
لاطلاق ما روينا ولقوله عليه السلام في حديث ابن عباس رضي الله عنه ادوا عن كل حر وعبد

رأس يمونه اي يتحمل مؤنته ويلي عليه اي ينفذ قوله عليه

يقال مائة ... ... في ... ... ان ... ... الاولى

بعد الله فضل الله

يهودي او نصراني او مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف
الشافعي بناء على ان الوجوب عنده على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق
ومن باع عبدا واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار
باق وقال زفر على من له الخيار لان الولاية له وقال الشافعي على من له الملك لانه
من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملكه ولو
اجيز يثبت الملك للمشتري من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها
للحاجة الناجزة فلا يقبل التوقف وزكوة التجارة على هذا الخلاف وصدقة
الفطر نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير
وقال ابو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة والاول
رواية الجامع الصغير وقال الشافعي من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري قال كنا نخرج
ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم الخلفاء
الراشدون وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما ان الزبيب والتمر يتقاربان
في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل بجميع اجزائه ويرمى من التمر النواة و
من الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق والسويق ما يتخذ
من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا وان نص
على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة
هو الصحيح ويجزي نصف صاع من بر وزنا فيما روي عن ابي حنيفة وعن محمد انه يعتبر كيلا
والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق فيما روي عن ابي يوسف وهو اختيار
الفقيه ابي جعفر لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر الاعمش تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف
اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي والصاع عند ابي حنيفة ومحمد ثمانية
ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وهو قول الشافعي لقوله
عليه السلام صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عليه السلام كان يتوضأ بالمد رطلين
ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه وهو اصغر من الهاشمي وهم كانوا
يستعملون الهاشمي ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم الفطر و
قال الشافعي بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد ليلة الفطر
تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده لا تجب فطرته
عندنا وعنده تجب له انه يختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص والاختصاص

يفطر باليوم دون الليل ويستحب أن يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج إلى المصلى لأنه عليه السلام كان يخرج قبل أن يخرج ولأن الأمر بالإغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلاة وذلك بالتقديم فإن قدموها قبل يوم الفطر جاز لأنه أدى بعد تقرر السبب فأشبه التعجيل في الزكاة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وإن أخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم إخراجها لأن وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الأداء فيها بخلاف الأضحية والله أعلم بالصواب

كتاب الصوم

الصوم ضربان واجب ونفل والواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم رمضان والنذر المعين فيجوز صومه بنية من الليل وإن لم ينو حتى أصبح أجزأته النية ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي رحمه الله لا يجزئه اعلم أن صوم رمضان فريضة لقوله تعالى كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الإجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وسبب الأول الشهر ولهذا يضاف إليه ويتكرر بتكرره وكل يوم سبب لوجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه وتفسيره إن شاء الله تعالى وجه قوله في الخلاف قوله عليه السلام لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولأنه لما فسد الجزء الأول لفقد النية فسد الثاني ضرورة أنه لا يتجزى بخلاف النفل لأنه متجزئ عنده ولنا قوله عليه السلام بعدما شهد الأعرابي برؤية الهلال ألا من أكل فلا يأكلن بقية يومه ومن لم يأكل فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال أو معناه لم ينو أنه صوم من الليل ولأنه يوم صوم فيتوقف الإمساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل وهذا لأن الصوم ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فتترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلاة والحج لأن لهما أركانا فيشترط قرانها بالعقد على أدائهما وبخلاف القضاء لأنه يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لأنه لم يوجد اقترانها بالأكثر فترجحت جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار وهو الأصح لأنه لا بد من وجود النية في أكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر إلى وقت الضحوة الكبرى لا إلى وقت الزوال فتشترط النية قبلها لتتحقق في الأكثر ولا فرق بين المسافر والمقيم خلافا لزفر رحمه الله لأنه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وقال الشافعي رحمه الله في نية النفل عابث وفي مطلقها له قولان لأنه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا أن الفرض متعين فيه فيصاب بأصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه وإذا نوى النفل أو واجبا آخر فقد نوى أصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الأصل وهو كاف ولا فرق بين المسافر

والمقيم والصحيح والسقيم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن الرخصة كيلا يلزم المعذور مشقة فإذا تحملها التحق بغير المعذور وعند أبي حنيفة رحمه الله إذا صام المريض والمسافر بنية واجب آخر يقع عنه لأنه شغل الوقت بالأهم لتحتمه في الحال وتخيره في صوم رمضان إلى إدراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على إحداهما أنه ما صرف الوقت إلى الأهم قال والضرب الثاني ما يثبت في الذمة كقضاء رمضان وصوم الكفارة فلا يجوز إلا بنية من الليل لأنه غير متعين فلا بد من التعيين من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك رحمه الله فإنه يتمسك بإطلاق ما روينا ولنا قوله عليه السلام بعدما كان يصبح غير صائم إني إذا لصائم ولأن المشروع خارج رمضان هو النفل فيتوقف الإمساك في أول اليوم على صيرورته صوما بالنية على ما ذكرناه ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز ويصير صائما من حين نوى إذ هو متجزئ عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال إلا أن من شرطه الإمساك في أول النهار وعندنا يصير صائما من أول النهار لأنه عبادة قهر النفس وهي إنما تتحقق بإمساك مقدر فيعتبر قران النية بأكثره

فصل

وينبغي للناس أن يلتمسوا الهلال في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فإن رأوه صاموا وإن غم عليهم أكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ثم صاموا لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولأن الأصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه إلا بدليل ولم يوجد ولا يصومون يوم الشك إلا تطوعا لقوله عليه السلام لا يصام اليوم الذي يشك فيه أنه من رمضان إلا تطوعا وهذه المسألة على وجوه أحدها أن ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولأنه تشبه بأهل الكتاب لأنهم زادوا في مدة صومهم ثم إن ظهر أن اليوم من رمضان يجزيه لأنه شهد الشهر وصامه وإن ظهر أنه من شعبان كان تطوعا وإن أفطر لم يقضه لأنه في معنى المظنون والثاني أن ينوي عن واجب آخر وهو مكروه أيضا لما روينا إلا أن هذا دون الأول في الكراهة ثم إن ظهر أنه من رمضان يجزيه لوجود أصل النية وإن ظهر أنه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لأنه منهي عنه فلا يتأدى به الواجب وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو الأصح لأن المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم رمضان لا يعدم بكل صوم بخلاف يوم العيد لأن المنهي عنه وهو ترك الإجابة يلازم كل صوم والكراهة هنا لصورة النهي والثالث أن ينوي التطوع وهو غير مكروه لما روينا وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عليه السلام لا تقدموا رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لأنه يؤديه قبل أوانه ثم إن وافق صوما كان يصومه فالصوم أفضل بالإجماع وكذلك إذا صام ثلاثة أيام من آخر الشهر فصاعدا وإن أفرده فقد قيل الفطر أفضل احترازا عن ظاهر النهي

وقيل الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة رضي الله عنهما فانهما كانا يصومانه والمختار ان يصوم المفتي
بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا للتهمة
لتهمة العصيان الذي دل عليه حديث الموقوف وهو قوله من صام يوم الشك فقد
عصى ابا القاسم والرابع ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان
من شعبان وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غداء
غدا يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا من
رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهذا مكروه لتردده بين امرين
مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان لا
يجزيه عن واجب آخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا
غير مضمون بالقضاء لشروعه فيه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن
التطوع ان كان من شعبان يكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه
عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز عن نفله لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب
ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه **قال** ومن رأى هلال رمضان
وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا
لرؤيته وقد رأى ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رحمه الله عليه
الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه
ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه
الكفارة تندرئ بالشبهات **مشايخ** ولو افطر قبل ان يرد الامام شهادته اختلف المشايخ
فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط والاحتياط
بعد ذلك في تاخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده واذا كان بالسماء علة
قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان او عبدا
لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة لان
قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتأويل قول الطحاوي عدلا كان او غير عدل ان يكون مستورا
والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد ما تاب
وهو ظاهر الرواية لانه خبر ديني وعن ابي حنيفة رحمه الله انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان
الشافعي رحمه الله في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة
الواحد في رؤية الهلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين

يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة
الواحد وعن محمد رحمه الله انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة
الواحد وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة
القابلة وان لم تكن بالسماء علة لم تقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد
بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان
بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير اهل المحلة وعن
ابي يوسف رحمه الله خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن ورد من خارج المصر
وذكر الطحاوي انه تقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة الموانع واليه الاشارة في
كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر **مشايخ** ومن رأى هلال الفطر
وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء علة لم تقبل في
هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لانه تعلق به نفع العبد وهو الفطر فاشبه سائر
حقوقه والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه
كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي وان لم تكن بالسماء علة
لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم كما ذكرنا **قال** ووقت الصوم من حين طلوع الفجر
الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط
الاسود من الفجر ثم اتموا الصيام الى الليل والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك
عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال فيه
الا انه زيد عليه النية في الشرع لتتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما تعذر
الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة والطهارة
عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء **باب ما يوجب القضاء والكفارة**
قال واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول
مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلوة ووجه الاستحسان قوله عليه السلام
للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في
حق الاكل والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة
مذكرة فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص
لم يفصل ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رحمه الله فانه يعتبره بالناسي ولنا
انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب لان النسيان من قبل من له الحق والاكراه

من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في حق الصلاة فإن نام فاحتلم لم يفطر لقوله عليه السلام
ثلث لا يفطرن الصائم القيء والحجامة والاحتلام ولأنه لم يوجد صورة الجماع ولا معناه و
هو الإنزال عن شهوة بالمباشرة وكذا إذا نظر إلى امرأة فأمنى لما بينا وصار كالمتفكر إذا أمنى
وكالمستمني بالكف على ما قالوا قال ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي وكذا إذا احتجم لما
رويناه ولو اكتحل لم يفطر لأنه ليس بين العينين والدماغ منفذ والدمع يترشح كالعرق و
الداخل من المسام لا ينافي كما إذا اغتسل بالماء البارد والصائم لا يفسد صومه بريقه إذا لم يبتلعه
[illegible] صورة وحقيقة بخلاف الرعد والصاعقة لأن ثمة بناك نور على السبب على ما بيناه
في موضعه إن شاء الله تعالى ولو أنزل بقبلة أو لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود الجماع و
وجود المنافي صورة أو معنى يكفي لإيجاب القضاء احتياطا أما الكفارة فتفتقر إلى كمال الجناية
لأنها تندرئ بالشبهات كالحدود ولا بأس بالقبلة إذا أمن على نفسه أي الجماع أو الإنزال و
يكره إن لم يأمن لأن عينه ليس بمفطر وربما يصير فطرا بعاقبته وإن أمن اعتبر عينه وأبيح
وإن لم يأمن يعتبر عاقبته وكره له والشافعي رحمه الله أطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرنا والمس
مثل التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله أنه كره المباشرة الفاحشة لأنه قلما يخلو عن
وقوع الفتنة ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطر وفي القياس يفسد صومه
لوصول المفطر إلى جوفه وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان أنه لا يستطاع
الامتناع عنه فأشبه الغبار والدخان ولو ابتلعه في الدخان والنبيذ [illegible] أنه يفسد لا يمكن الامتناع
عنه إذ أواه ضم أو سقفه قال ولو أكل لحما بين أسنانه لم يفطر وإن كان كثيرا فطر
وقال زفر رحمه الله يفطر في الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه بالمضمضة ولنا أن
القليل تابع لأسنانه فنزلة ريقه بخلاف الكثير لأنه لا يبقى فيما بين الأسنان والفاصل مقدار
الحمصة وما دونها قليل وإن أخرجه وأخذه بيده ثم أكله ينبغي أن يفسد صومه كما روي عن محمد
أن الصائم إذا ابتلع سمسمة بين أسنانه لا يفسد صومه ولو أكلها ابتداء يفسد صومه ولو مضغها
لا يفسد لأنها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبي يوسف رحمه الله و
عند زفر رحمه الله عليه الكفارة لأنه طعام متغير ولأبي يوسف رحمه الله أنه يعافه الطبع وإن
ذرعه القيء لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء عمدا فعليه القضاء و
يستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف رحمه الله لأنه
خارج حتى انتقض الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسد لأنه لم يوجد صورة الفطر وهو الابتلاع
وكذا معناه لأنه لا يتغذى به عادة وإن أعاده فسد بالإجماع لوجود الإدخال بعد خروجه

بعد خروجه فيتحقق صورة الفطر وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه لأنه غير خارج
ولا صنع له في الإدخال وإن أعاده فكذلك عند أبي يوسف رحمه الله لعدم الخروج وعند محمد يفسد
صومه لوجود الصنع منه في الإدخال فإن استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء لما رويناه و
القياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وإن كان أقل من ملء الفم فكذلك عند محمد رحمه الله لإطلاق
الحديث وعند أبي يوسف رحمه الله لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم إن عاد لم يفسد عنده لعدم سبق الخروج
وإن أعاده فعنه أنه لا يفسد لما ذكرنا وعنه أنه يفسد فألحقه بملء الفم لكثرة الصنع قال
ومن ابتلع الحصاة أو الحديد أفطر لوجود صورة الفطر ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع
عامدا في أحد السبيلين فعليه القضاء استدراكا للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية
ولا يشترط الإنزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال وهذا لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه
وإنما ذلك شبع وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا تجب الكفارة بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده
والأصح أنها تجب لأن الجناية متكاملة لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة
عليه أنزل أو لم ينزل خلافا للشافعي رحمه الله لأن الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد
ثم إن عندنا كما تجب الكفارة بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي رحمه الله في قول لا تجب
عليها لأنها متعلقة بالجماع وهو فعله وإنما هي محل الفعل وفي قول يتحمل الرجل عنها اعتبارا بالماء
ولنا قوله عليه السلام من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الإناث والذكور ولأن السبب
جناية الإفطار لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل عنها لأنها عبادة أو عقوبة فلا
يجري فيها التحمل قال ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة
وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه لأنها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال وقد
تحققت وبإيجاب الإعتاق تكفيرا عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال والكفارة
مثل كفارة الظهار لما رويناه ولحديث الأعرابي فإنه قال يا رسول الله هلكت وأهلكت
فقال ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال أعتق رقبة فقال لا
أملك إلا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال وهل جاءني ما جاءني إلا من الصوم
فقال أطعم ستين مسكينا فقال لا أجد فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يؤتى بعرق من
تمر ويروى بفرق من تمر فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على المساكين فقال والله ما
بين لابتي المدينة رجل أحوج مني ومن عيالي فقال كل أنت وعيالك يجزئك ولا يجزئ أحدا بعدك
وهو حجة على الشافعي رحمه الله في قوله بالتخيير لأنه يقتضي الترتيب وعلى مالك رحمه الله في نفي التتابع

لتعتق عليه قال ومن جامع فيما دون الفرج فانزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة
عليه لانعدام الصورة وليس في افساد صوم غير رمضان كفارة لان الافطار في رمضان ابلغ
في الجناية فلا يلحق به غيره قال ومن احتقن او استعط او اقطر في اذنيه افطر لقوله عليه السلام
الفطر مما دخل ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف ولا كفارة
لانعدامه صورة ولو اقطر في اذنيه الماء لا يفسد صومه لانعدام المعنى والصورة بخلاف ما اذا دخله
الدهن قال ولو داوى جائفة او آمة بدواء فوصل الى جوفه او دماغه افطر عند ابي حنيفة
والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه
اخرى كما في اليابس من الدواء وله ان رطوبة الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيزداد ميلا الى الاسفل
فيصل الى الجوف بخلاف اليابس لانه ينشف رطوبة الجراحة فينسد فمها قال ولو اقطر في
احليله لم يفطر عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف يفطر وقول محمد مضطرب فيه وكانه
وقع عند ابي يوسف ان بينه وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج منه البول ووقع عند ابي حنيفة
ان المثانة بينهما حائل والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم
يفطر لعدم الفطر صورة ومعنى ويكره ذلك لانه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمراة ان
تمضغ لصبيها الطعام اذا كان لها منه بد لما بينا ولا باس اذا لم تجد منه بدا صيانة للولد الا ترى
انها ان تفطر اذا خافت على ولدها ومضغ العلك لا يفطر الصائم لانه لا يصل الى جوفه وقيل اذا
لم يكن ملتئما يفسد لانه يصل اليه بعض اجزائه وقيل اذا كان اسود يفسد وان كان ملتئما لا
يتفتت الا انه يكره للصائم لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمراة
اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقهن ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة
وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا باس بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهو
ليس من محظور الصوم وقد ندب النبي صلعم الى الاكتحال يوم عاشوراء والى الصوم فيه ولا باس بالكحل
للرجال اذا قصد به التداوي دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة
لانه يعمل عمل الخضاب ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا باس
ولا باس بالسواك الرطب بالغداة والعشي لقوله عليه السلام خير خلال الصائم السواك من
غير فصل وقال الشافعي يكره في العشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد
قلنا هو ازالة العبادة والاثر به لا خفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب
والاخضر وبين المبلول بالماء وغيره لما بينا قال ومن كان مريضا في رمضان فخاف ان صام
ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر وهو معتبر بخوف الهلاك او فوات العضو

العضو كما يعتبر في التيمم وكذا نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز
عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر وقضى جاز لان السفر لا يعرى
عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المرض لانه قد يخف بالصوم فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال
الشافعي الفطر افضل لقوله عليه السلام ليس من البر الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل
الوقتين فكان الاداء فيه اولى وما رواه محمول على حالة الجهد قال واذا مات المريض
والمسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء ولو صح المريض واقام المسافر ثم ماتا لزمهما القضاء
بقدر الصحة والاقامة لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدته وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي
فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد وليس بصحيح انما الخلاف في النذر ولو
لما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وهنا السبب ادراك العدة فيتقدر
بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص لكن المستحب
المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخره حتى دخل رمضان آخر صام الثاني لانه في وقته
وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء على التراخي حتى كان له
ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولديهما افطرتا وقضتا دفعا للحرج
ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية عليهما خلافا للشافعي فيما اذا خافت على الولد هو
يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ الفاني والعجز بسبب الولد
ليس في معناه لانها عاجزة بعد الوجوب والولد لا وجوب عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على
الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله تعالى وعلى
الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية
استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز عن الاداء آخر عمره فصار كالشيخ الفاني الا انه لا بد من
الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا الزكاة هو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق
مالي يجري فيه النيابة ولنا انه عبادة ولا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون
الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء حتى يعتبر من الثلث والصلاة كالصوم استحسانا
فيطعم عن كل صلاة نصف صاع كصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عليه السلام
لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد عن احد ومن دخل في صلاة التطوع او في صوم التطوع ثم
افسده قضاه خلافا للشافعي لانه متبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى
قربة وعمل فيجب صيانته عن البطلان واذا وجب المضي وجب القضاء بتركه

ولا يبيح الافطار فيه غير عذر في احدى الروايتين لا ثابت ويباح بعذر السفر في عذر لقوله

عليه السلام افطروا واقضوا يوما مكانه واذا بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية

يومهما وقضيا رعاية الوقت بالتشبه ولو افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب

فيه وقضاؤه بعد تحقق السبب والاهلية وهذا خلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل

بالاداء والاهلية موجودة عنده وعن ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال يجب

القضاء لانه ادرك وقت النية وجه الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب

منعدمة في اوله الا ان للصبي ان ينوي التطوع فيصح لعدم الصوم دون الكافر على ما قالوا ان الكافر

ليس من اهل التطوع ايضا والصبي اهل له قال واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال

فنوى الصوم اجزأه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان

فعليه ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر

لا يباح له الافطار ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين لا تلزمه الكفارة

لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث فيه الاغماء لوجود الصوم

فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر وجودها منه وقضى ما بعده لانعدام النية و

ان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة لما قلنا وقال مالك رحمه الله لا يقضي ما

بعده لان صوم رمضان عنده يتأدى بنية واحدة بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية في كل

يوم لانها عبادات متفرقة لانه يتخلل بين كل يومين ما ليس بزمان لهذه العبادة بخلاف الاعتكاف

قال ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا

في التأخير لا في الاسقاط ومن جن رمضان كله لم يقضه خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء

ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق

الحرج وان افاق المجنون في بعضه قضى ما مضى خلافا لزفر والشافعي هما يقولان لم يجب

الاداء لانعدام الاهلية والقضاء مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو

الشهر والاهلية بالذمة وفي الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف

المستوعب لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارض قيل

هذا في ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب

بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا فطرا

فعليه قضاؤه وقال زفر رحمه الله يتأدى صوم رمضان بدون النية في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق

عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق الا

والمستحق بجهة العبادة لا يتأدى الا بالنية وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكوة

قال ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل فلا كفارة عليه عند ابي

حنيفة وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال ابو يوسف ومحمد اذا اكل

قبل الزوال تجب عليه الكفارة لانه فوت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب ولابي

حنيفة ان الكفارة تعلقت بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا حاضت

المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلوة لانها تحرج في قضائها وقد مر في الصلوة

قال واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال

الشافعي لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في

اول النهار هو يقول التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا او مخطئا

ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض والنفساء

والمسافر حيث لا يجب عليهم حالة قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن التشبه حسب تحققه عن الصوم قال واذا

تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا

هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه

حق مضمون بالمثل كما في المريض والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه

قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد

بيناه في الصلوة ثم التسحر مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور بركة والمستحب

تأخيره لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا انه اذا

شك في الفجر ومعناه تساوي الظنين فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه

ذلك ولو اكل فصومه تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة اذا كان في موضع لا

يستبين الفجر او كانت الليلة مقمرة او متغيمة او كان ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل فقد اساء

لقوله عليه السلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه انه اكل والفجر طالع فعليه

قضاؤه عملا بغالب الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا

يزال الا بمثله ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا تتحقق العمدية

ولو شك في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء

رواية واحدة لان النهار هو الاصل ولو كان شاكا فيه وتبين انه لم تغرب ينبغي ان تجب

عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل ثم قال ومن اكل في رمضان ناسيا فظن

ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا عليه القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند

الا القياس فتحقق الشبهة وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر
الرواية وعنه انه لا تجب وكذا عنهما لانه اشتباه فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية
بالنظر الى القياس ولا ينفي العكس كوطء الاب جارية ابنه قال ولو احتجم وظن ان ذلك
يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه
فقيه بالفطر لان الفتوى دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد
لان قول الرسول صلى الله عليه وسلم لا ينزل عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك
لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله
تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعد
ما اغتاب متعمدا فعليه القضاء والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مأول
بالاجماع واذا جومعت النائمة او المجنونة وهي صائمة فعليها القضاء دون الكفارة وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا قضاء عليهما اعتبارا بالناسي والعذر هنا ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان
يغلب وجوده وهذا نادر فيجب عليها القضاء ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية **فصل**
فيما يوجبه على نفسه واذا قال لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى فهذا النذر صحيح عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله هما يقولان انه نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر
بصوم مشروع والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا عن
المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه اداه كما التزمه وان
نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسئلة على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر
لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون يمينا يكون نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته
وان نوى اليمين ونوى ان لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره
وان نواهما يكون نذرا ويمينا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف يكون نذرا
ولو نوى اليمين فكذلك عندهما وعنده يكون يمينا لابي يوسف رحمه الله ان النذر فيه حقيقة
واليمين مجاز حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته
وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما انه لا تنافي بين الجهتين لانهما يقتضيان الوجوب الا ان
النذر يقتضيه لعينه واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة
في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة افطر يوم الفطر ويوم النحر وايام التشريق
وقضاها لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام وكذا اذا لم يعين لكنه شرط التتابع
لان المتابعة لا تعرى عنها لكنه يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع

بقدر الامكان وفي الثاني في هذا خلاف زفر والشافعي رحمهما الله للنهي عن الصوم في
هذه الايام وهو قوله عليه السلام الا لا تصوموا في هذه الايام فانها ايام اكل وشرب وبعال وقد بينا
الجواب والعذر عنه ولو لم يشترط التتابع لا يجزيه صوم هذه الايام لان الاصل فيما
يلزمه الكمال والمؤدى ناقص لمكان النهي بخلاف ما اذا عينها لانه التزم بوصف النقصان
فيكون الاداء بالوصف الملتزم **قال** وعليه كفارة يمين ان اراد به يمينا وقد سبق
وجهه ومن اصبح يوم النحر صائما ثم افطر لا شيء عليه وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
انه اذا افطر فعليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلوة في الاوقات
المكروهة والفرق لابي حنيفة وهو ظاهر الرواية انه بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى
يحنث به الحالف على الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب ابطاله ولا تجب صيانته ووجوب القضاء
ينبني عليه ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلوة
حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلوة فتجب صيانة للاداء فيكون مضمونا
بالقضاء وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب القضاء في فصل الصلوة ايضا والاظهر هو الاول

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح انه سنة مؤكدة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه في العشر الاواخر
من رمضان والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف
اما اللبث فركنه لانه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي
والنية شرط كما في سائر العبادات هو يقول ان الصوم عبادة هو اصل بنفسه فلا
يكون شرطا لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف الا بالصوم والقياس في مقابلة النص
المنقول غير مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون اقل من يوم وفي رواية
الاصل وهو قول محمد رحمه الله اقله ساعة فيكون من غير صوم لان مبنى النفل على المسامحة
الا ترى انه يقعد في صلوة النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه
القضاء لا يلزمه القضاء في رواية الاصل لانه غير مقدر فلم يكن القطع ابطالا وفي رواية الحسن
لانه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف لا يصح الا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه
لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح الا في مسجد يصلى فيه الصلوات
الخمس لانه عبادة انتظار الصلوة فيختص بمكان تؤدى فيه اما المرأة تعتكف في مسجد
بيتها لانه هو موضع صلوتها فيتحقق انتظارها فيه **قال** ولا يخرج من المسجد الا لحاجة

لحاجة الانسان او الجمعة اما الحاجة فلحديث عائشة رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج
من معتكفه الا لحاجة الانسان ولانه معلوم وقوعها فلا بد من الخروج في تعقيبها فيصير
الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها
واما الجمعة فلانها من اهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال الشافعي رح الخروج اليها مفسد لانه
يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف في كل مسجد مشروع فاذا صح الشروع فالضرورة
مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول الشمس لان الخطاب يتوجه بعده وان كان منزله بعيدا
عنه يخرج في وقت يمكنه ان يدركها ويصلي قبلها اربعا وفي رواية ستا الاربع سنة والركعتان
تحية المسجد وبعدها اربعا او ستا على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسننها توابع لها
فتلحق بها ولو اقام في المسجد الجامع اكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لانه موضع اعتكاف الا انه
لا يستحب لانه التزم اداءه في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد
ساعة بغير عذر فسد اعتكافه عند ابي حنيفة رح لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى
يكون اكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لان في القليل ضرورة **قال** واما الاكل والشرب
والنوم فيكون في معتكفه لان النبي عليه السلام لم يكن له مأوى الا في المسجد ولانه يمكن قضاء
هذه الحاجة في المسجد فلا ضرورة الى الخروج ولا بأس بان يبيع ويبتاع في المسجد من غير ان
يحضر السلعة لانه قد يحتاج المعتكف الى ذلك بان لا يجد من يقوم بحاجته الا انهم قالوا يكره
احضار السلعة للبيع والشراء لان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها ويكره
لغير المعتكف البيع والشراء فيه لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الى ان قال وبيعكم
وشراءكم **قال** ولا يتكلم الا بخير ويكره له الصمت لان صوم الصمت ليس بقربة في شريعتنا
لكنه يتحامى ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطء لقوله تعالى ولا تباشروهن
وانتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لانه من دواعيه فيحرم عليه اذ هو محظورة
كما في الاحرام بخلاف الصوم لان الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد الى دواعيه فان جامع ليلا
او نهارا عامدا او ناسيا في المسجد او غيره بطل اعتكافه لان الليل محل الاعتكاف بخلاف
الصوم وحالة العاكفين مذكرة فلا يعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون الفرج فانزل او
قبل او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم ينزل لا يفسد وان كان
محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم **قال** ومن اوجب على
نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع يتناول ما بازائها
من الليالي يقال ما رأيتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع

التتابع لان مبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه
على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان نوى
الايام خاصة صحت نيته لانه نوى حقيقة كلامه ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين يلزمه
بليلتيهما وقال ابو يوسف رح لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع وفي المتوسط ضرورة
الاتصال ووجه الظاهر ان في المثنى معنى الجمع فيلحق به احتياطا لامر العبادة والله اعلم

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا
عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق امنا وصفه
بالوجوب وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس
حج البيت الاية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عليه السلام قيل له الحج في كل عام ام مرة
واحدة فقال عليه السلام لا بل مرة واحدة وما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد
فلا يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة رح ما يدل عليه
وعند محمد والشافعي رحمهما الله على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة
ووجه الاول انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا
ولهذا كان التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر
وانما شرط الحرية والبلوغ لقوله عليه السلام ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام
وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام ولانه عبادة والعبادات باسرها موضوعة
عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف وكذا صحة الجوارح لان العجز دونها لازم والاعمى اذا
وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند ابي حنيفة رح خلافا لهما
وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة رح انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه
المستطيع بالراحلة وعن محمد رح انه لا يجب لانه غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو
هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال عن الطريق ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو ان
يكتري شق محمل او رأس زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عليه السلام سئل عن السبيل
اليه فقال الزاد والراحلة وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا
يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر ويشترط ان يكون فاضلا عن المسكن وعما لا بد
منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط
ان يكون فاضلا عن نفقة عياله الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد

مقدم على حق الشرع بامره وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا
يلحقهم مشقة زائدة في الاداء فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت
دونه ثم قيل هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة وقيل
هو شرط الاداء دون الوجوب لانه عليه السلام فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير
ويعتبر في المرأة ان يكون لها محرم تحج به او زوج ولا يجوز لها ان تحج بغيرهما اذا كان بينها
وبين مكة ثلثة ايام وقال الشافعي يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء ثقات
لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عليه السلام لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولانها بدون
بدون المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان
معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج الى
ما دون السفر بغير محرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج منعها وقال الشافعي له ان
يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض والحج
منها ولو كان حج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها لان المقصود
لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد اباحة مناكحتها و
لا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية التي بلغت حد الشهوة بمنزلة
البالغة حتى لا يسافر بها من غير محرم ونفقة المحرم عليها لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا
ان المحرم شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما
احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجزهما عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل فلا
ينقلب لاداء الفرض ولو جدد الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز و
العبد لو فعل لم يجز لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج عنه
بالشروع في غيره **فصل** والمواقيت التي لا يجوز ان يتجاوزها الانسان الا محرما لاهل
المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن
يلملم هكذا وقت رسول الله صلعم هذه المواقيت لهؤلاء وفائدة التأقيت المنع عن تأخير الاحرام
عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق ثم الآفاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم
قصد الحج او العمرة او لم يقصد عندنا لقوله عليه السلام لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان وجوب
الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات
له ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج
بين فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام بخلاف ما اذا قصده

قصدا اداء النسك لانه يتحقق ايجابا فلا حرج وان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز لان
قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهله كذا قاله علي وابن مسعود
رضي الله عنهما والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر
وعن ابي حنيفة انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان
داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه من دويرة
اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج الحرم وفي العمرة الحل
لان النبي عليه السلام امر اصحابه رضوان الله عليهم ان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا
عائشة رضي الله عنها ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون
الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا
ان من التنعيم افضل لورود الاثر فيه **باب الاحرام**
واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل لما روي انه عليه السلام اغتسل لاحرامه
الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة
لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عليه السلام اختاره قال ولبس ثوبين
جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه عليه السلام ائتزر وارتدى عند احرامه ولانه ممنوع
عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه والجديد افضل لانه
اقرب الى الطهارة قال ومس طيبا ان كان له وعن محمد انه يكره اذا تطيب بما يبقى
عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لانه منتفع بالطيب بعد الاحرام وجه
المشهور حديث عائشة رضي الله عنها قالت كنت اطيب رسول الله صلعم لاحرامه قبل ان
يحرم والممنوع عنه التطيب بعد الاحرام والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه مباين عنه قال
وصلى ركعتين لما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلعم صلى بذي الحليفة ركعتين عند احرامه
قال ويقول اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداءها في ازمنة متفرقة واماكن متباينة
فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير وفي الصلوة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان
مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسر قال ثم يلبي عقيب صلوته لما روي انه عليه السلام
لبى في دبر صلوته وان لبى بعد ما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا وان
كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول لبيك
لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله ان
الحمد بكسر الالف لا بفتحها ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل

صلوات الله عليه فلا ما هو الموصوف في الفقه ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول
باتفاق الرواة فلا ينقص منه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي في رواية الربيع عنه هو اعتبره بالتشهد
والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة يزيدون عليها كابن مسعود وابن
عمر وابي هريرة رضي الله عنهم زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا
يمنع الزيادة عليه قال واذا لبيت فقد احرمت اذا نويت لان العبادة لا تتادى الا بالنية
الا انه لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام
بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في تحريمة الصلوة
ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسية كانت او عربية هذا هو المشهور عن
اصحابنا والفرق بينه وبين الصلوة على اصلهما ان باب الحج اوسع من باب الصلوة
حتى يقام غيره مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية قال واتق ما
نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق
ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش او ذكر الجماع
بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال ان يجادل رفيقه
وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره قال ولا تقتل صيد البر لقوله تعالى لا تقتلوا
الصيد وانتم حرم ولا تشر اليه ولا تدل عليه لحديث ابي قتادة رضي الله عنه انه اصاب حمار
وحش وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي صلعم لاصحابه هل اشرتم هل اعنتم هل
دللتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه و
بعده عن الاعين ولا تلبس قميصا ولا سراويل ولا قباء ولا عمامة ولا قلنسوة ولا خفين
الا ان لا يجد النعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يلبس
المحرم هذه الاشياء وقال في اخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل من
الكعبين والكعب هنا المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك دون الناتئ
فيما روى هشام عن محمد رح قال ولا تغط رأسك ولا وجهك وقال الشافعي رح يجوز
للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام الرجل في رأسه واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله
لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيمة ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة
لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل بالطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في
تغطية الرأس قال ولا تمس طيبا لقوله عم الحاج الشعث التفل وكذا الادهان
لما روينا ولا تحلق رأسك ولا شعر بدنك لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي

محله الاية ولا تقص من لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث
ولا تلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عليه السلام لا يلبس المحرم
ثوبا مسه زعفران ولا ورس قال الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع للطيب
لا للون وقال الشافعي رح لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له وقلنا ان له رائحة طيبة
قال ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضه اغتسل وهو محرم ولا بأس بان
يستظل بالبيت والمحمل وقال مالك رح يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه
تغطية الرأس ولنا ان عثمان رضه كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس
بدنه فاشبه البيت ولو دخل تحت ستار الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس
لانه استظلال ولا بأس بان يشد في وسطه الهميان وقال مالك رح يكره اذا كان فيه نفقة
غيره لانه لا ضرورة وقلنا انه ليس في معنى لبس المخيط فصار كالخاتم ولا يغسل رأسه
ولا لحيته بالخطمي لانه نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس قال واكثر من التلبية عقيب الصلوة
وكلما علا شرفا او هبط واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله صلعم كانوا يلبون
في هذه الاحوال والتلبية في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال
الى حال ويرفع صوته بالتلبية لقوله عم افضل الحج العج والثج والعج رفع الصوت بالتلبية
والثج اراقة الدم قال واذا دخل مكة ابتدأ بالمسجد لما روي ان النبي صلى
الله عليه وسلم لما دخل مكة دخل المسجد ولان المقصود زيارة البيت وهو فيه فلا يضره ليلا
دخلها او نهارا لانه دخول بلدة فلا يختص باحدهما فاذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن
عمر رضه يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر ومحمد رح لم يعين في الاصل لمشاهد الحج
شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال
ثم ابتدأ بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي انه عليه الصلوة والسلام دخل المسجد وابتدأ
بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال واستلمه وقبله ان استطاع من غير ان يؤذي مسلما
لما روي انه عليه السلام قبل الحجر الاسود ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رضه انك رجل
ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله
وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه
ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون وغيره ثم قبل ذلك فعل لما روي انه عليه السلام طاف
على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا من ذلك استقبل وهلل وكبر وحمد الله

وصلى على النبي عليه السلام قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه قبل ذلك
فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عليه السلام استلم الحجر ثم اخذ عن يمينه مما يلي الباب فطاف
سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو
سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله عليه السلام ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه
الميزاب سمي به لانه حطم من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله
عليه الصلاة والسلام في حديث عائشة رضي الله عنها فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف
من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لا يجوز الا انه اذا استقبل الحطيم وحده لا تجزئه
الصلاة لان فرضية التوجه ثبتت بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط
في الطواف ان يكون وراءه قال ويرمل في الثلاث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيته
الكتفين كالمبارز يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد
للمشركين حين قالوا اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عليه السلام
وبعده ويمشي الباقي على هينته على ما اتفق رواة نسك رسول الله عليه السلام والرمل من الحجر
الى الحجر هو المنقول من رمل النبي عليه السلام فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه
لا بدل له فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له ويستلم الحجر
كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلاة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير يفتتح
كل شوط باستلام الحجر فان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا ويستلم الركن
اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رحمه الله انه سنة ولا يستلم غيرهما فان النبي عليه الصلاة
والسلام كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف بالاستلام يعني استلام
الحجر ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر من المسجد وهي واجبة عندنا
وقال الشافعي رحمه الله سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عليه السلام وليصل الطائف
لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي ان النبي عليه السلام لما صلى
ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح
بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية
وهو سنة وليس بواجب وقال مالك انه واجب لقوله عليه السلام من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا
ان الله تعالى امر بالطواف مطلقا والمطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع
وفيما رواه سماه تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم
في حقهم ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل القبلة ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عليه

السلام ويرفع يديه ويدعو الله لحاجته لما روي ان النبي عليه الصلاة والسلام صعد الصفا
حتى اذا نظر الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله ولان الثناء والصلاة يقدمان
على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر
ما يصير البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من
اي باب شاء وانما خرج النبي عليه السلام من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا
لانه كان اقرب الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا
بلغ بطن الوادي يسعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة
فيصعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي ان النبي عليه السلام نزل من الصفا
وجعل يمشي نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى اذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد
المروة فطاف بينهما سبعة اشواط قال وهذا شوط فيطوف سبعة اشواط يبدأ
بالصفا ويختم بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وانما يبدأ بالصفا لقوله
عليه السلام ابدؤوا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال
الشافعي رحمه الله انه ركن لقوله عليه السلام ان الله كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا
جناح عليه ان يطوف بهما ومثله يستعمل للاباحة فينفي الركنية والايجاب الا انا عدلنا عنه في
الايجاب ولان الركنية لا تثبت الا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما
في قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت الآية قال ثم يقيم بمكة حراما لانه محرم بالحج
فلا يحل قبل الاتيان بافعاله قال ويطوف بالبيت كلما بدا له لانه يشبه الصلاة قال عليه السلام الطواف
بالبيت صلاة والصلاة خير موضوع فكذا الطواف الا انه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة في
هذه المدة لان السعي لا يجب فيه الا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل اسبوع
ركعتين وهي ركعتا الطواف على ما بينا قال فاذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الامام خطبة
يعلم فيها الناس الخروج الى منى والصلاة بعرفات والوقوف والافاضة و
الحاصل ان في الحج ثلاث خطب اولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى في
اليوم الحادي عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلاثة ايام متوالية
اولها يوم التروية لانها ايام الموسم ومجتمع الحاج ولنا ان المقصود منها التعليم ويوم
التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرناه انفع وفي القلوب انجع فاذا صلى الفجر يوم
التروية بمكة خرج الى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر يوم عرفة لما روي ان النبي عليه السلام
صلى الفجر يوم التروية فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب

والسنة ... الفجر ثم يتوجه الى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم توجه الى عرفات
ومر بمنى اجزاه لانه لا يتعلق بمنى في هذا اليوم اقامة نسك ولكنه اساء بتركه الاقتداء برسول الله
صلى الله عليه وسلم ثم يتوجه الى عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الاولوية اما لو دفع
قبله جاز لانه لا يتعلق بهذا المقام حكم قال في الاصل وينزل بها مع الناس لان الانتباذ
تجبر والحال حال تضرع والاجابة في الجمع ارجى وقيل مراده ان لا ينزل على الطريق كيلا يضيق
على المارة قال واذا زالت الشمس يصلي الامام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ بالخطبة فيخطب خطبة يعلم
الناس فيها الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والنحر والحلق وطواف الزيارة يخطب
خطبتين يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله صلعم وقال مالك رح يخطب
بعد الصلوة لانها خطبة وعظ وتذكير فاشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولان المقصود
منها تعليم المناسك والجمع منها وفي ظاهر المذهب اذا صعد الامام المنبر فجلس اذن المؤذنون
كما في الجمعة وعن ابي يوسف رح انه يؤذن قبل خروج الامام وعنه انه يؤذن بعد الخطبة والصحيح
ما ذكرنا لان النبي صلعم لما خرج واستوى على ناقته اذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد
الفراغ من الخطبة لانه اوان الشروع في الصلوة فاشبه الجمعة قال ويصلي بهم الظهر و
العصر في وقت الظهر باذان واقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة
بالجمع بين الصلوتين وفيما روى جابر رضي الله عنه ان النبي صلعم صلاهما باذان واقامتين
ثم بيانه انه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لان العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد
بالاقامة اعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلوتين تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على
وقته فلو انه فعل فعل مكروها واعاد الاذان للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رح
لان الاشتغال بالتطوع او بعمل آخر يقطع فور الاذان الاول فيعيده للعصر فان صلى بغير خطبة
اجزاه لان هذه الخطبة ليست بفريضة قال ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر
في وقته عند ابي حنيفة رح وقالا يجمع بينهما المنفرد لان جواز الجمع للحاجة الى امتداد الوقوف و
المنفرد محتاج اليه ولابي حنيفة رح ان المحافظة على الوقت فرض بالنصوص فلا يجوز تركه الا فيما
ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة مع الامام والتقديم لصيانة الجماعة لانه يعسر عليهم الاجتماع
للعصر بعدما تفرقوا في الموقف لا لما ذكراه اذ لا منافاة ثم عند ابي حنيفة رح الامام شرط في
الصلوتين جميعا وقال زفر رح في العصر خاصة لانه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف
الاحرام بالحج ولابي حنيفة رح ان التقديم على خلاف القياس عرف شرعه فيما اذا كانت
العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الامام في حالة الاحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الاحرام

من الاحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما للاحرام على وقت الجمع وفي الاخرى يكتفي بالتقديم
على الصلوة لان المقصود هو الصلوة قال ثم يتوجه الى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم
معه عقيب انصرافهم من الصلوة لان النبي صلعم راح الى الموقف عقيب الصلوة والجبل
يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الاعظم قال وعرفات كلها موقف الا بطن عرنة لقوله عم
عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر و
ينبغي للامام ان يقف بعرفة على راحلته لان النبي صلعم وقف على ناقته وان وقف على قدميه
جاز والاول افضل لما بينا وينبغي ان يقف مستقبل القبلة لان النبي عليه الصلوة والسلام
وقف كذلك وقال عم خير المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي
ان النبي صلعم كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وان ورد
الآثار ببعض الدعوات وقد اوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة الناسك في عدة من المناسك
بتوفيق الله تعالى قال وينبغي للناس ان يقفوا بقرب الامام لانه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا
وينبغي ان يقف وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفات كلها
موقف على ما ذكرنا قال ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف بعرفة ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال
فهو سنة وليس بواجب ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه
صلعم اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه
ساعة بعد ساعة وقال مالك رح يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل الاشتغال
بالاركان ولنا ما روي ان النبي صلعم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان التلبية
فيه كالتكبير في الصلوة فياتي بها الى آخر جزء من الاحرام قال فاذا غربت الشمس افاض الامام و
الناس معه على هينتهم حتى ياتوا مزدلفة لان النبي صلعم دفع بعد غروب الشمس ولان فيه
اظهار مخالفة المشركين وكان النبي صلعم يمشي على راحلته في الطريق على هينته قال فان خاف
الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزاه لانه لم يفض من عرفة والافضل ان
يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها فلو مكث قليلا بعد غروب الشمس و
افاضة الامام لخوف الزحام فلا باس به لما روي ان عائشة رضي الله عنها بعد افاضة الامام
دعت بشراب فافطرت ثم افاضت فاذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل
الذي عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي صلعم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر
ويتحرز في النزول عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او يساره ويستحب ان
يقف وراء الامام لما بينا في الوقوف بعرفة قال ويصلي الامام بالناس المغرب

والعشاء بأذان وإقامة وقال زفر رحمه الله بأذانين وإقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر
رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم جمع بينهما بأذان وإقامة واحدة ولأن العشاء في وقته فلا
يفرد بالإقامة إعلاما بخلاف العصر بعرفة لأنه مقدم على وقته فأفرد بالزيادة إعلاما ولا يتطوع
بينهما لأنه يخل بالجمع ولو تطوع أو تشاغل بشيء أعاد الإقامة لوقوع الفصل وكان ينبغي أن يعيد
الأذان كما في الجمع الأول إلا أنا اكتفينا بإعادة الإقامة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى
المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم أفرد الإقامة للعشاء ولا تشترط الجماعة لهذا الجمع عند أبي حنيفة
لأن المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لأن العصر مقدم على وقته ومن صلى المغرب
في الطريق لم يجزه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه إعادتها ما لم يطلع الفجر وقال أبو يوسف
رحمه الله يجزيه وقد أساء وعلى هذا الخلاف إذا صلى بعرفات لأبي يوسف رحمه الله أنه أداها في وقتها
فلا تجب إعادتها كما بعد طلوع الفجر إلا أن التأخير من السنة فيصير مسيئا بتركه ولهما ما روي أن النبي عليه السلام
قال لأسامة رضي الله عنه في طريق المزدلفة الصلاة أمامك معناه وقت الصلاة وهذا إشارة
إلى أن التأخير واجب وإنما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة فكان عليه الإعادة ما لم
يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما وإذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الإعادة قال وإذا طلع الفجر يصلي
الإمام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلاها يومئذ
بغلس ولأن في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه
لأن النبي صلى الله عليه وسلم وقف في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس حتى استجيب له
دعاؤه لأمته حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه
بغير عذر يلزمه الدم وقال الشافعي رحمه الله إنه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله
تثبت الركنية ولنا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم ضعفة أهله بالليل ولو كان ركنا
لما فعل ذلك والمذكور فيما تلي الذكر وهو ليس بركن بالإجماع وإنما عرفنا الوجوب بقوله عليه السلام
من وقف معنا هذا الموقف وقد كان أفاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام
الحج وهذا يصلح أمارة الوجوب غير أنه إذا تركه بعذر بأن يكون به ضعف أو علة أو كانت امرأة
تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا قال والمزدلفة كلها موقف إلا وادي محسر لما روينا من قبل
قال فإذا طلعت الشمس أفاض الإمام والناس معه حتى يأتوا منى قال العبد الضعيف هكذا وقع
في بعض النسخ من الكتاب وهذا غلط والصحيح أنه إذا أسفر أفاض الإمام والناس معه لأن النبي عليه السلام
دفع قبل طلوع الشمس قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع حصيات مثل
حصى الخذف لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما أتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة وقال

عليه السلام عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى بأكبر منه جاز لحصول الرمي غير أنه لا
يرمي بالكبار من الأحجار كي لا يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة أجزأه لأن ما حولها
موضع النسك والأفضل أن يكون من بطن الوادي لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روي عن ابن
مسعود وابن عمر رضي الله عنهم ولو سبح مكان التكبير أجزأه لحصول الذكر وهو من آداب
الرمي ولا يقف عندها لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقف عندها ويقطع التلبية مع أول حصاة
لما روينا عن ابن مسعود رضي الله عنه وروى جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع التلبية عند
أول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي أن يضع الحصاة على ظهر إبهامه اليمنى ويستعين
بالمسبحة ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبين موضع السقوط خمسة أذرع فصاعدا كذا روى الحسن
عن أبي حنيفة رحمه الله لأن ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا أجزأه لأنه رمى إلى قدميه إلا
أنه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه لأنه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة
يكفيه لأن هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا منها لا يجزيه لأنه لم يعرف
قربة إلا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لأن المنصوص عليه تفرق
الأفعال ويأخذ الحصى من أي موضع شاء إلا من عند الجمرة فإن ذلك يكره لأن ما عندها
من الحصى مردود هكذا جاء في الأثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل أجزأه لوجود فعل الرمي
ويجوز الرمي بكل ما كان من أجزاء الأرض عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لأن المقصود فعل الرمي
وذلك يحصل بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما إذا رمى بالذهب والفضة لأنه يسمى نثارا
لا رميا قال ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
أنه قال إن أول نسكنا في يومنا هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولأن الحلق من أسباب التحلل
وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر فيقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الإحرام فيقدم
عليه الذبح وإنما علق الذبح بالمحبة لأن الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد
والحلق أفضل لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم ولأن الحلق
أكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير فأشبه الاغتسال مع الوضوء
ويكتفي في الحلق بربع الرأس اعتبارا بالمسح والحلق أولى اقتداء بالرسول عليه السلام والتقصير
أن يأخذ من رؤوس شعره مقدار الأنملة وقد حل له كل شيء إلا النساء وقال مالك رحمه الله إلا
الطيب أيضا لأنه من دواعي الجماع ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء إلا النساء وهو [illegible]
ولا يحل له الجماع فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لأنه قضاء الشهوة بالنساء
فيؤخر إلى تمام الإحلال ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إنه

يوم النحر كالحلق حتى يكون مترتبا في التحلل حتى ان ما يكون محللا يكون جناية في غير اوانه كالحلق و
الرمي ليس بجناية في غير اوانه بخلاف الطواف لان الحلق هو المحلل لا الرمي لا به قال ثم يأتي
مكة من يومه ذلك او من الغد او من بعد الغد فيطوف بالبيت طواف الزيارة سبعة اشواط
لما روي ان النبي عليه السلام لما حلق افاض الى مكة فطاف بالبيت ثم عاد الى منى وصلى الظهر بمنى
ووقته ايام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا فكان
وقتهما واحدا واول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة
والطواف مرتب عليه وافضل هذه الايام اولها كما في التضحية وفي الحديث افضلها اولها
فان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي
عليه وان كان لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف وسعى بعده لان السعي لم يشرع الا
مرة والرمل ما شرع الا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لان ختم كل طواف
بركعتين فرضا كان الطواف او نفلا لما بينا قال وقد حل له النساء ولكن بالحلق السابق
اذ هو المحلل لا بالطواف الا انه اخر عمله في حق النساء قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو
ركن فيه اذ هو المأمور به في قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الزيارة وطواف
يوم النحر ويكره تأخيره عن هذه الايام لما بينا انه موقت بها وان اخره عنها لزمه دم عند ابي
حنيفة وسنبينه في باب الجنايات ان شاء الله قال ثم يعود الى منى فيقيم بها لان النبي عليه السلام رجع اليها
كما روينا ولانه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فاذا زالت الشمس في اليوم الثاني من ايام النحر رمى
الجمار الثلاث فيبدأ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عندها
ثم يرمي جمرة العقبة كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رضي الله عنه فيما نقل من نسك رسول الله
صلى الله عليه وسلم مفسرا ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله ويثني عليه
ويهلل ويكبر ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو بحاجته ويرفع يديه لقوله عليه السلام لا ترفع الايدي
الا في سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد به رفع الايدي بالدعاء وينبغي ان يستغفر
للمؤمنين في دعائه في هذه المواقف لان النبي صلى الله عليه وسلم قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الاصل ان
كل رمي بعده رمي يقف بعده لانه في وسط العبادة فيأتي بالدعاء فيه وكل رمي ليس بعده رمي
لا يقف لان العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر ايضا قال واذا
كان من الغد رمى الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك وان اراد ان يتعجل النفر نفر الى مكة وان
اراد ان يقيم رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين
فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى والافضل ان يقيم لما روي ان النبي صلى الله عليه

وسلم صبر حتى رمى الجمار الثلاث في اليوم الرابع وله ان ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع
فاذا طلع الفجر لم يكن له ان ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي وان قدم
الرمي في هذا اليوم يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان
وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما التفاوت في رخصة النفر فاذا لم يترخص التحق بها ومذهبه
مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولانه لما ظهر اثر التخفيف في هذا اليوم في حق الترك
فلان يظهر في جوازه في الاوقات كلها اولى بخلاف اليوم الاول والثاني حيث لا يجوز الرمي
فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فبقي على الاصل المروي فاما
يوم النحر فاول وقت الرمي فيه من طلوع الفجر وقال الشافعي اوله بعد نصف الليل لما
روي ان النبي عليه الصلاة والسلام رخص للرعاء ان يرموا ليلا ولنا قوله عليه السلام
لا ترموا جمرة العقبة الا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت اصل الوقت بالاول
والافضلية بالثاني وتأويل ما روى الليلة الثانية والثالثة ولان ليلة النحر وقت الوقوف
والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند ابي حنيفة يمتد هذا الوقت الى
غروب الشمس لقوله عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل اليوم وقتا
له وذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف انه يمتد الى وقت الزوال والحجة عليه ما روينا
وان اخر الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه وقت جنس
الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال فان رماها راكبا
اجزأه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا
لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان الافضل
مروي عن ابي يوسف ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عليه السلام بات بمنى وعمر رضي الله عنه
كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال و
يكره ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رضي الله عنه كان يمنع منه ويؤدب
عليه ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع
قد نزل به رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما
روي انه عليه السلام قال لاصحابه انا نازلون غدا بالخيف خيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون
فيه على شركهم يشير الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف
صنع الله به فصار سنة كالرمل في الطواف قال ثم دخل مكة فطاف بالبيت سبعة

اشواطا لا رمل فيها وهذا طواف الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف آخر عهد بالبيت لانه توديع
البيت ويصدر به وهو واجب عندنا خلافا للشافعي لقوله عليه السلام من حج هذا البيت
فليكن آخر عهده بالبيت الطواف ورخص للنساء الحيض قال الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون
ولا يودعون ولا رمل فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده ثم يأتي
زمزم فيشرب من مائها لما روي انه صلى الله عليه وسلم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ
باقي الدلو في البئر ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ثم يأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى
الباب فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم فعل بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه
الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد فهذا بيان تمام الحج فصل فان لم يدخل المحرم
مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه شرع في ابتداء الحج
على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولا شيء عليه بتركه لانه
سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة ما بين زوال الشمس من يوم عرفة
الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج واول وقت الوقوف بعد الزوال عندنا لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك عرفة بليل فقد
ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت وقال مالك ان اول وقته
من اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس فهو محجوج عليه بما رويناه ثم اذا وقف بعد الزوال
وافاض من ساعته اجزأه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة
فمن وقف بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك لا يجزئه
الا ان يقف في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفة نائما او مغمى عليه
او لا يعلم انها عرفة جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمنع ذلك
بالاغماء والنوم كركن الصوم بخلاف الصلاة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي
ليست بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز ولو
امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى اذا افاق او
استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن
والدلالة تقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف
ما اذا امر غيره بذلك صريحا وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن
مباشرته بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت

نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه قال والمرأة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة كالرجل
غير انها لا تكشف رأسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عليه السلام احرام المرأة في وجهها ولو سدلت
شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رضي الله عنها ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل
ولا ترفع صوتها بالتلبية لما فيه من الفتنة ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة
ولا تحلق ولكن تقصر لما روي انه عليه السلام نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر
في حقها مثلة كحلق اللحية في حق الرجال وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف
العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد الموضع
خاليا قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء وتوجه
معها يريد الحج فقد احرم لقوله عليه السلام من قلد بدنة فقد احرم ولان سوق الهدي في معنى التلبية
في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون
بالقول فيصير به محرما لاتصال النية بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان
يربط على عنق بدنته قطعة نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها
لم يصر محرما لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم
فبعث بها واقام في اهله حلالا فان توجه بعد ذلك لم يصر محرما حتى يلحقها لان عند التوجه
اذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه لم يوجد منه الا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فاذا ادركها
وساقها او ادركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الاحرام فيصير محرما كما لو ساقها
في الابتداء قال الا في بدنة المتعة فانه محرم حين توجه معناه اذا نوى الاحرام وهذا
استحسان ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان ان هذا الهدي مشروع على الابتداء
نسكا من مناسك الحج وضعا لانه مختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين اداء النسكين وغيره
قد يجب جناية وان لم يصل الى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة
الفعل فان جلل بدنة او اشعرها او قلد شاة لم يكن محرما لان التجليل لدفع الحر والبرد والاذى
فلم يكن من خصائص الحج والاشعار مكروه عند ابي حنيفة فلا يكون من النسك في شيء
وعندهما ان كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لانه يختص بالهدي وتقليد
الشاة غير معتاد وليس بسنة ايضا قال والبدن من الابل والبقر وقال الشافعي من
الابل خاصة لقوله عليه السلام في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل
بينهما ولنا ان البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي
كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزورا والله تعالى اعلم

باب القران القران افضل من التمتع والافراد وقال الشافعي الافراد افضل وقال مالك التمتع افضل من القران لان له ذكرا في القرآن قال تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج الآية ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله عليه السلام القران رخصة ولان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد اهلوا بحجة وعمرة معا ولان فيه جمعا بين العبادتين فاشبه الصوم والاعتكاف والحراسة في سبيل الله مع صلاة الليل والتلبية غير محصورة والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح بما ذكر والمقصود بما روي نفي قول اهل الجاهلية ان العمرة في اشهر الحج من افجر الفجور وللقران ذكر في القرآن لان المراد من قوله تعالى واتموا الحج والعمرة لله ان يحرم بهما من دويرة اهله على ما روينا من قبل ثم فيه تعجيل الاحرام واستدامة احرامهما من الميقات الى ان يفرغ منهما ولا كذلك التمتع فكان القران اولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي بناء على ان القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا قال وصفة القران ان يهل بالعمرة والحج معا من الميقات ويقول عقيب الصلاة اللهم اني اريد الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لان القران هو الجمع بين العمرة والحج من قولك قرنت الشيء بالشيء اذا جمعت بينهما وكذا اذا ادخل حجة على عمرة قبل ان يطوف لها اربعة اشواط لان الجمع قد تحقق اذ الاكثر منها قائم واذا عزم على ادائهما يسأل الله تعالى التيسير فيهما وقدم العمرة على الحج فيه وكذلك يقول لبيك بحجة وعمرة معا لانه يبدأ بافعال العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وان اخر ذكرها في التلبية لا بأس به لان الواو للجمع ولو نوى بقلبه ولم يذكرهما في التلبية اجزأه اعتبارا بالصلاة فاذا دخل مكة ابتدأ فطاف سبعة اشواط يرمل في الثلاثة الاول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه افعال العمرة ثم يبدأ بافعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة اشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم افعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين العمرة والحج لان ذلك جناية على احرام الحج وانما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي يطوف طوافا واحدا ويسعى سعيا واحدا لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة ولان مبنى القران على التداخل حتى اكتفى بتلبية واحدة وسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الاركان ولنا انه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر هديت لسنة نبيك ولان القران ضم عبادة الى عبادة وذلك انما يتحقق باداء عمل كل واحد منهما على الكمال

على الكمال ولانه لا تداخل في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الاشياء بمقاصد بخلاف الاركان الا ترى ان شفعي التطوع لا يتأديان بتحريمة واحدة يؤديان ومعنى ما رواه دخل وقت العمرة في وقت الحج قال ولو طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لانه اتى بما هو المستحق عليه وقد اساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه شيء اما عندهما فظاهر لان التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه اولى والسعي بتأخيره بالاشتغال بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال واذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة او بقرة او بدنة او سبع بدنة فهذا دم القران لانه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه فيها والهدي من الابل والبقر والغنم على ما نذكره في بابه ان شاء الله تعالى واراد بالبدنة ههنا البعير وان كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقرة على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير يجوز سبع البقرة فاذا لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة ايام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة ايام اذا رجع الى اهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة فالنص وان ورد في التمتع فالقران مثله لانه مرتفق باداء النسكين والمراد بالحج والله اعلم وقته لان نفسه لا يصلح ظرفا الا ان الافضل ان يصوم قبل يوم التروية بيوم ويوم التروية ويوم عرفة لان الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره الى آخر وقته رجاء ان يقدر على الاصل وان صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم من الحج اي فرغتم اذ الفراغ سبب الرجوع فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر لم يجزه الا الدم وقال الشافعي يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى كصوم رمضان وقال مالك يصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام في الحج وهذا وقته ولنا ان النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتأدى به ما وجب كاملا ولا يؤدى بعدها لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على الاصل وعن عمر رضي الله عنه انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي تحلل وعليه دمان دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح

من مذهب أبي حنيفة في البقاء والوقوف حتى يصلي الظهر يوم الجمعة إذا توجه إلى عرفات لأن
هناك الوقوف … بعد أداء الظهر والتوجه في القران والتمتع … قبل أداء العمرة فإذا …
وسقط عنه دم القران لأنه لما رفض العمرة لم يرتفق بأداء النسكين وعليه قضاؤها لصحة الشروع
فيها فأشبه المحصر والله أعلم

باب التمتع

التمتع أفضل من الإفراد وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الإفراد أفضل لأن المتمتع سفره واقع
لعمرته والمفرد سفره واقع لحجه وجه ظاهر الرواية أن في التمتع جمعا بين العبادتين
فأشبه القران ثم فيه زيادة نسك وهو إراقة الدم وسفره واقع لحجه وإن تخللت
العمرة لأنها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي إليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي
ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق بأداء النسكين في سفر واحد من غير أن يلم بأهله
بينهما إلماما صحيحا ويدخل اختلافات بينهما إن شاء الله تعالى وصفته أن يبتدئ من الميقات في أشهر
الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل من عمرته وهذا
هو تفسير العمرة وكذلك إذا أراد أن يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
في عمرة القضاء وقال مالك لا حلق عليه إنما العمرة الطواف والسعي وحجتنا عليه ما رويناه وقوله تعالى
محلقين رؤوسكم ومقصرين الآية نزلت في عمرة القضاء ولأنها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل
بالحلق كالحج ويقطع التلبية إذا ابتدأ بالطواف وقال مالك كما وقع بصره على البيت لأن العمرة
زيارة البيت … ولنا أنه عليه السلام في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولأن المقصود
هو الطواف فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال
ويقيم بمكة حلالا لأنه حل من العمرة فإذا كان قبل التروية يوم أحرم بالحج من المسجد والشرط
أن يحرم من الحرم أما المسجد فليس بلازم وهذا لأنه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم
على ما بيناه ويفعل ما يفعله الحاج المفرد لأنه مؤد للحج إلا أنه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده
لأن هذا أول طواف له في الحج بخلاف المفرد لأنه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعدما أحرم
بالحج طاف وسعى قبل أن يروح إلى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لأنه قد أتى
بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص الذي تلوناه فإن لم يجد صام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع على
الذي بيناه في القران فإن صام ثلاثة أيام من شوال ثم اعتمر لم يجزه من الثلاثة لأن
سبب وجوب هذا الصوم التمتع لأنه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز
أداؤه قبل وجود سببه فإن صام بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي
وله قوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج ولنا أنه أداه بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور

في الحج … وقته والأفضل تأخيرها إلى آخر وقتها … رجاء أن يجد … كما بينا في القران وإن أراد أن
يسوق الهدي أحرم وساق هديه وهذا أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم ساق الهدايا مع نفسه
ولأن فيه استعدادا ومسارعة فإن كانت بدنة قلدها بمزادة أو نعل لحديث عائشة رضي الله عنها
على ما روينا والتقليد أولى من التجليل لأن له ذكرا في الكتاب ولأنه للإعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لأنه يصير محرما بتقليد الهدي والتوجه
معه على ما سبق والأولى أن يعقد الإحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو أفضل من أن يقوده
لأنه عليه الصلاة والسلام أحرم من ذي الحليفة والهدايا تساق بين يديه ولأنه أبلغ في التشهير
إلا إذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال وأشعر البدنة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولا يشعر
عند أبي حنيفة رحمه الله ويكره والإشعار هو الإدماء بالجرح لغة وصفته أن يشق سنامها بأن يطعن
في أسفل السنام من قبل الأيمن قالوا والأشبه هو الأيسر لأن النبي عليه السلام طعن
في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الأيمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم إعلاما وهذا
الصنيع مكروه عند أبي حنيفة وعندهما حسن وقال الشافعي رحمه الله سنة لأنه مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم
وعن الخلفاء الراشدين رضوان الله عليهم ولهما أن المقصود من التقليد أن لا يهاج إذا ورد
ماء أو كلأ أو يرد إذا ضل وأنه في الإشعار أتم لأنه ألزم فمن هذا الوجه يكون سنة إلا أنه إذا
عارضه جهة كونه مثلة قلنا بحسنه ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مثلة وأنه منهي عنه ولو وقع التعارض
فالترجيح للمحرم وإشعار النبي عليه السلام لصيانة الهدي لأن المشركين كانوا لا يمتنعون عن
تعرضه إلا به وقيل إن أبا حنيفة رحمه الله كره إشعار أهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف
منه السراية وقيل إنما كره إيثاره على التقليد قال ويدخل مكة فيطوف ويسعى وهذا للعمرة
على ما بيناه في متمتع لا يسوق الهدي إلا أنه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عليه السلام لو استقبلت
من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي التحلل عند
سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة على ما بينا وإن قدم الإحرام قبله جاز
وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل لما فيه من المسارعة وزيادة المشقة وهذه
الأفضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق وعليه دم التمتع على ما بينا وإذا حلق
يوم النحر فقد حل من الإحرامين لأن الحلق محلل في الحج كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما وليس
لأهل مكة تمتع ولا قران وإنما لهم الإفراد خاصة خلافا للشافعي رحمه الله والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن
أهله حاضري المسجد الحرام ولأن شرعهما للترفه بإسقاط إحدى السفرتين وهذا في حق
الآفاقي ومن كان داخل المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له متعة ولا قران بخلاف المكي إذا

خرج إلى الكوفة وقرن صحّ بلا دم لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي وإن عاد المتمتع
إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لأنه ألمّ بأهله فيما بين النسكين
إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين وإذا ساق الهدي فإلمامه لا يكون
صحيحا فلا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح يبطل لأنه أداهما بسفرين ولهما
أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه بخلاف المكي إذا
خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه
فيصح إلمامه بأهله ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج
فتممها وأحرم بالحج كان متمتعا لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج وإنما يعتبر أداء الأفعال
فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج أربعة أشواط فصاعدا ثم حج
من عامه ذلك لم يكن متمتعا لأنه أدى الأكثر قبل أشهر الحج وهذا لأنه صار بحال لا يفسد
نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل أشهر الحج ومالك رح يعتبر الإتمام في أشهر الحج والحجة
عليه ما ذكرنا ولأن الترفق بأداء الأفعال والمكي يترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر
الحج **قال** وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة كذا روي عن العبادلة
الثلاثة وعن عبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ولأن الحج يفوت بمضي عشر من ذي
الحجة ومع بقاء الوقت لا يتحقق الفوات وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر
معلومات شهران وبعض الثالث لا كله فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد
حجا خلافا للشافعي رح وإنما يصير محرما بالعمرة عنده لأنه ركن عنده وهو شرط عندنا فأشبه
الطهارة في جواز التقديم على الوقت ولأن الإحرام يحرم أشياء ويوجب أشياء وذلك
يصح في كل زمان وصار كالتقديم على المكان **قال** وإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج
وفرغ منها وقصر ثم اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع أما الأول فلأنه
ترفق بنسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج وأما الثاني فقد قيل هو بالاتفاق وقيل هو قول
أبي حنيفة رح وعندهما لا يكون متمتعا لأن المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية
ونسكاه هذان ميقاتيان وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له
نسكان فيه فوجب دم التمتع فإن قدم بعمرة فأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ
البصرة دارا ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة رح وقالا
متمتع لأنه إنشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه
فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه يكون متمتعا في قولهم جميعا لأن هذا

لأن هذا إنشاء سفر لانتهاء السفر الأول وقد اجتمع له نسكان صحيحان فيه ولو بقي بمكة ولم يخرج
إلى البصرة حتى اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لا يكون متمتعا بالاتفاق لأن عمرته بمكة والسفر
انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة ومن اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى
فيه لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة الإحرام إلا بالأفعال وسقط دم المتعة لأنه لم يترفق بأداء
نسكين صحيحين في سفرة واحدة وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لأنها أتت
بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت وأحرمت و
صنعت كما يصنعه الحاج غير أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة رضي الله عنها حين
حاضت بسرف ولأن الطواف في المسجد والوقوف في مفازة وهذا الاغتسال للإحرام لا للصلاة
فيكون مفيدا فإن حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت من مكة ولا شيء عليها
لطواف الصدر لأنه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه
طواف الصدر لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها دارا بعدما حل النفر الأول فيما يروى عن أبي حنيفة
ويرويه البعض عن محمد لأنه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك تم

باب الجنايات

وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه الكفارة دم وذلك مثل
الرأس والساق والفخذ وما أشبه ذلك لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل
فيترتب عليه صدقة لقصور الجناية وقال محمد رح يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل و
في المنتقى أنه إذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد
إن شاء الله تعالى ثم واجب الدم يتأدى بالشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في
باب الهدي وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة
والجرادة هكذا روي عن أبي يوسف رح فإن خضب رأسه بحناء فعليه دم لأنه طيب قال عليه السلام
الحناء طيب وإن صار ملبدا فعليه دمان دم للطيب ودم للتغطية ولو خضب رأسه
بالوسمة لا شيء عليه لأنها ليست بطيب وعن أبي يوسف رح أنه إذا خضب رأسه بالوسمة لعلاج
من الصداع فعليه الجزاء باعتبار أنه يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الأصل رأسه ولحيته
واقتصر على ذكر الرأس في الجامع الصغير دل أن كل واحد منهما مضمون فإن ادهن بزيت فعليه
دم عند أبي حنيفة رح وقالا عليه الصدقة وقال الشافعي رح إن استعمله في الشعر فعليه دم لإزالة الشعث
وإن استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما أنه من الأطعمة إلا أن فيه ارتفاقا بمعنى
قتل الهوام وإزالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولأبي حنيفة رح أنه أصل الطيب ولا يخلو عن

نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل التفث والشعث فتكامل الجناية بجملتها
فتوجب الدم وكونه مطعوما لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والخل البحت
اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق لانه طيب وهذا
اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة عليه لانه ليس بطيب
بنفسه انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب بخلاف ما اذا تداوى
بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبا مخيطا او غطى رأسه يوما كاملا فعليه دم وان كان اقل
من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح انه اذا لبس اكثر من نصف اليوم فعليه دم وهو قول
ابي حنيفة رح اولا وقال الشافعي رح يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق يتكامل بالاشتمال على
بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة ليحصل على الكمال ويجب الدم
فقدر باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه الجناية فتجب الصدقة غير ان ابا يوسف
رح اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص او اتشح به او اتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم يلبسه
لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر رح لانه ما لبسه
ولهذا يتكلف في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه ولا خلاف انه
اذا غطى جميع رأسه يوما كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة رح
انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود يعتاده بعض الناس وعن
ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا حلق ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه
دم وان كان اقل من الربع فعليه صدقة وقال مالك رح لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رح يجب بحلق القليل
اعتبارا بنبات الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فيتكامل به الجناية
وتتقاصر فيما دونه بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق
وارض العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين او احدهما
فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه العانة ذكر في الابطين
الحلق ههنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا حلق عضوا فعليه
دم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك لانه مقصود بطريق التنور فتتكامل
بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه
ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل
ربع الربع يلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة
ان يقص حتى يوازي الاطار وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة رح وقالا عليه صدقة

صدقة لانه انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة
شيء من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رح ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به وقد وجد
ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق رأس محرم بامره او بغير امره فعلى الحالق الصدقة
وعلى المحلوق دم وقال الشافعي رح لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما لان من اصله ان
الاكراه يخرجه من ان يكون مؤاخذا بالحكم والنوم ابلغ منه وعندنا بسبب
النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة فيلزمه الدم
حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية وههنا من العباد ثم لا يرجع المحلوق
رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في حق العقر وكذا
اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه واما الحالق تلزمه الصدقة في
مسألتنا في الوجهين وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف اذا حلق المحرم رأس حلال
له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا ان ازالة ما ينمو من بدن
الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق الحال بين
شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره وان اخذ من شارب حلال او قلم اظافيره
اطعم ما شاء والوجه فيه ما بينا ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث غيره وان كان
اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه فعليه دم لانه من
المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها فهو ارتفاق كامل
فيلزمه الدم ولا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع واحد وان كان في مجالس
فكذلك عند محمد رح لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاولى
بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح تجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا
لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آية السجدة وان قص يدا او
رجلا فعليه دم اقامة للربع مقام الكل كما في الحلق وان قص اقل من خمسة اظافير فعليه صدقة
معناه تجب بكل ظفر صدقة وقال زفر يجب الدم بقص ثلاثة منها وهو قول ابي حنيفة الاول
لان في اظافير اليد الواحدة دما والثلاث اكثرها وجه المذكور في الكتاب ان اظافير كف واحد
اقل ما يجب الدم بقلمها وقد اقمناها مقام الكل فلا يقام اكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى ما لا يتناهى
وان قص خمسة اظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد عليه
دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما ان
كمال الجناية بنيل الراحة والزينة وبالقلم على هذا الوجه يتأذى ويشينه ذلك بخلاف الحلق

اظافيره

لكن لانه مقدر على ما مر واذا تقاصرت جنايته تجب فيه الصدقة فيقال كانه خير في ثلاثة
مساكين فكذلك لو قلم اكثر من خمسة متفرقا الا ان يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص عنه ما شاء
قال وان الحلق لعذر او لمرض فتعين فانه مخير ولا شيء عليه لانه لا كفارة فيه
الذي يلبس من مخيط محرم وان تطيب او لبس او حلق من عذر فهو مخير ان شاء ذبح شاة وان
شاء تصدق على ستة مساكين بثلاثة اصوع من الطعام وان شاء صام ثلاثة ايام لقوله تعالى
ففدية من صيام او صدقة او نسك وكلمة او للتخيير وقد فسرها رسول الله عليه السلام بما ذكرنا
والآية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في اي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا
الصدقة عندنا لما بينا واما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان
او مكان مخصوص وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام
اجزاه فيه التغدية والتعشية عند ابي يوسف رح اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رح لا يجزيه لان
الصدقة تنبئ عن التمليك وهو المذكور فصل فان نظر المحرم الى فرج امرأة بشهوة فامنى
لا شيء عليه لان المحرم هو الجماع ولم يوجد فصار كما لو تفكر فامنى وان قبل او لمس بشهوة فعليه
دم وفي الجامع الصغير يقول اذا مس بشهوة فامنى ولا فرق بين ما اذا انزل او لم ينزل
ذكره في الاصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رح انه انما يجب اذا انزل
اعتبره بالصوم ولنا ان فيه استمتاعا بالجماع ولهذا الاسبب
الحظر وهذا اللبس محظور فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع الا ان فيه معنى
الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الاحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان
المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل بدون الانزال فيما دون الفرج وان جامع في احد السبيلين
قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه وعليه القضاء
والاصل فيه ما روي ان النبي عليه السلام سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال
يريقان دما ويمضيان في حجتهما وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة
رضوان الله عليهم وقال الشافعي رح يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف والحجة
عليه اطلاق ما روينا ولان القضاء لما وجب عليه ولا يجب الا لاستدراك المصلحة
انه خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف بعرفة لانه لا قضاء
ثم سوى بين السبيلين وعن ابي حنيفة رح ان في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى
الوطء فكان عنه روايتان وليس عليه ان يفارق امرأته في قضاء ما افسداه عندنا
خلافا لمالك رح اذا خرجا من بيتهما ولزفر رح اذا احرما وللشافعي رح اذا انتهيا الى المكان

لا المكان الذي جامعها فيه لانهما يتذاكران ذلك فيقعان في المواقعة فيفترقان
ولنا ان الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبل الاحرام لاباحة الوقاع ولا بعده
لانهما يتذكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا
فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رح
فيما اذا جامع قبل الرمي لقوله عليه السلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وانما تجب البدنة لقول
ابن عباس رضي الله عنهما او لانه اعلى انواع الارتفاق فيتغلظ موجبه وان جامع بعد الحلق
فعليه شاة لبقاء احرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما اشبهه فخفت الجناية فاكتفى
بالشاة ومن جامع في العمرة قبل ان يطوف اربعة اشواط افسدها فمضى فيها وقضاها
وعليه شاة واذا جامع بعدما طاف اربعة اشواط او اكثر فعليه شاة ولا تفسد عمرته وقال
الشافعي رح تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا انها
سنة فكانت احط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت ومن جامع
ناسيا كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي رح جماع الناسي غير مفسد للحج وكذا الخلاف في
جماع النائمة والمكرهة وهو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع الفعل جناية ولنا
ان الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الاحرام ارتفاقا مخصوصا وهذا لا ينعدم بهذه العوارض
والحج ليس في معنى الصوم لان حالات الاحرام مذكرة بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم
فصل ومن طاف طواف القدوم محدثا فعليه صدقة وقال الشافعي رح لا يعتد به لقوله
عليه السلام الطواف صلاة الا ان الله تعالى اباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه
ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هو سنة
والاصح انها واجبة لانه يجب بتركها الجابر ولان الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فاذا
شرع في هذا الطواف وهو سنة يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة
فيجبر بالصدقة اظهارا لدنو رتبته عن الواجب بايجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا
الحكم في كل طواف هو تطوع ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لانه ادخل النقص في
الركن فكان افحش من الاول فيجبر بالدم وان كان جنبا فعليه بدنة وكذا روي عن
ابن عباس رضي الله عنهما ولان الجنابة اغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة
اظهارا للتفاوت وكذا اذا طاف اكثره جنبا او محدثا لان اكثر الشيء له حكم كله والافضل ان
يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر
بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصوره

بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه فان اعاده بعد ايام النحر لان
بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر فلا شيء عليه
لانه اعاده في وقته فان اعاده بعد ايام النحر لزمه الدم عند ابي حنيفة بالتأخير على ما عرف من
مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر بالعود استدراكا
له ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزأه لما بينا انه جابر له الا ان الافضل هو العود ولو
رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو افضل لانه خف
معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة اصلا حتى رجع الى اهله
فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن النساء ابدا حتى يطوف ومن
طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف الزيارة وان كان واجبا فلا بد
من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة انه تجب شاة الا ان الاول اصح ولو طاف
جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفى بالشاة ومن ترك من
طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير فاشبه
النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزأه ان لا يعود ويبعث شاة
لما بينا وان ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه لم
يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط منه فعليه شاة لانه ترك الواجب
او الاكثر منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من
الصدر فعليه صدقة ومن طاف طوافا واجبا في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان
الطواف وراء الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة
ويدخل الفرجتين اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد ادخل نقصا في طوافه فما دام
بمكة اعاده كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاد على الحجر خاصة اجزأه
لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من
الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعل سبع مرات فان رجع الى اهله ولم يعده فعليه دم
لانه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه الصدقة ومن طاف طواف
الزيارة محدثا وطواف الصدر في آخر ايام التشريق طاهرا فعليه دم وان كان
طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة وقالا عليه دم واحد لانه في الوجه
الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب
الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف

الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة
عن ايام النحر فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف الا انه
يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته
وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه اما اعادة الطواف فلتمكن النقص
فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف فاذا اعادهما لا شيء عليه لارتفاع
النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه ولا يؤمر بالعود
لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به على اثر
طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا
والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن
افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي لا شيء عليه لان الركن اصل
الوقوف فلا يلزمه بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجبة لقوله عليه السلام
فادفعوا بعد غروب الشمس فيجب بتركها الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف
على من وقف نهارا لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في
ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل الغروب ومن
ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه
دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق
بغروب الشمس من آخر ايام الرمي لانه لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة
ممكنة فيرميها على التاليف ثم بتأخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة خلافا لهما وان ترك رمي
يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل
في هذا اليوم نسك واحد فكان المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ
يلزمه دم لوجود ترك الاكثر وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل
وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثا
تصدق ولكل حصاة نصف صاع الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل
فتكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة وكذا اذا
اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه في الوجهين وكذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم
نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات
مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء آخر وله حديث ابن مسعود رضي الله عنه

من قدم نسكا على نسك فعليه الدم وهو ان التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو موقت بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه الدم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا شيء عليه قال رحمه الله ذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة جرت في الحج بالحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه على الاختلاف وهو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي صلعم واصحابه احصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلاة فانه من واجباتها وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم حلقوا فيه وفي الاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر يتوقت بالزمان دون المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق والتقصير والحلق في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف المكان لانه موقت به

قال فان لم يقصر حتى رجع وقصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه فان حلق القارن قبل ان يذبح فعليه دمان عند ابي حنيفة دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التأخير شيء لما قلنا

فصل

اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم صيد البحر الآية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله صلعم الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحدأة والغراب والحية والعقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد به الغراب الذي يأكل الجيف هو المروي عن ابي يوسف واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الآية نص على ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي هو يقول الجزاء تعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة وقال عطاء اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات الاحرام فانه يفوت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف

ولان المحرم بالاحرام التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع بخلاف الحلال لانه ما التزم من جهته على ان فيه خلاف زفر على ما روي عن ابي يوسف وزفر والدلالة الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا وسواء في ذلك الناسي والعامد لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف ان يقوم الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع منه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير وان شاء صام على ما نذكره وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون من النعم والصحابة اوجبوا النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا وقال صلعم الضبع صيد وفيه الشاة وما ليس له نظير عند محمد يجب فيه القيمة مثل العصفور والحمام وما اشبههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمامة شاة ويثبت المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف ان المثل المطلق هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله اعلم جزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم يطلق على الوحشي والاهلي هكذا قاله ابو عبيدة والاصمعي والمراد بما روي التقدير دون ايجاب المعين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او الصيام فعلى ما قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رحمهما الله قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الآية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله يحكم به او مفعول لحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة عطف على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم

ثم الاختيار بعد ذلك الى الجانى ويقوم فى المكان الذى اصابه او اقرب
الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى
والواحد يكفى والمثنى اولى لانه احوط وابعد من الغلط كما فى حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى هنا
بالنص والهدى لا يذبح الا بمكة لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام فى غيرها خلافا
للشافعى هو يعتبره بالهدى والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدى قربة
غير معقولة فيختص بمكان او زمان اما الصدقة فقربة معقولة فى كل زمان ومكان والصوم
يجوز فى غير مكة لانه قربة فى كل مكان فان ذبح بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم
وفيه وفاء بقيمة الطعام لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدى يهدى ما يجزيه
فى الاضحية لان مطلق اسم الهدى منصرف اليه وقال محمد والشافعى يجزى صغار النعم فيه لان
الصحابة رضوان الله عليهم اوجبوا عناقا وجفرة وعند ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله يجوز الصغار
على وجه الاطعام يعنى اذا تصدق واذا وقع الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا
لانه هو المضمون فيعتبر قيمته واذا اشترى بالقيمة طعاما تصدق به على كل مسكين نصف صاع
من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم لكل مسكين اقل من نصف صاع
لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود فى الشرع وان اختار الصيام يقوم المقتول طعاما
ثم يصوم عن كل نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير يوما لان تقدير الصيام بالمقتول غير ممكن
اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود فى الشرع كما فى باب الفدية
فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء صام عنه يوما كاملا وان شاء تصدق
لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك اذا كان الواجب دون طعام مسكين يطعم
قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع عضوا منه ضمن
ما نقص اعتبارا للبعض بالكل كما فى حقوق العباد ولو نتف ريش طائر او قطع قوائم صيد فخرج من
حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم جزاءه ومن
كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروى عن على وابن عباس ولانه اصل الصيد وله عرضية ان
يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت فعليه قيمته حيا و
هذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وجه الاستحسان ان
البيض معد ليخرج منه الفرخ الحى والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه احتياطا وعلى هذا
اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا وماتت فعليه قيمتهما وليس فى قتل الغراب والحداة
والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عليه السلام خمس

من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم الحداة والحية والعقرب والفارة والكلب العقور وقال عليه السلام
يقتل المحرم الفارة والغراب والحداة والحية والعقرب والكلب العقور وقد ذكر الذئب
فى بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور هو الذئب او يقال ان الذئب فى معناه
والمراد بالغراب الذى يأكل الجيف ويخلط لانه يبتدى بالاذى اما العقعق غير مستثنى لانه
لا يسمى غرابا ولا يبتدى بالاذى وعن ابى حنيفة ان الكلب العقور وغير العقور والمستانس
والمتوحش منهما سواء لان المعتبر فى ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية سواء
والضب واليربوع ليسا من الخمس المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى وليس فى قتل البعوض
والنمل والبراغيث والقراد شىء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هى مؤذية
بطباعها والمراد بالنمل السوداء او الصفراء التى تؤذى وما لا يؤذى لا يحل قتلها ولكن لا يجب
الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من طعام لانها متولدة من
التفث الذى على البدن وفى الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم مسكينا
شيئا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء لان
الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الاخذ وتمرة خير من جرادة
لقول عمر رضى الله عنه تمرة خير من جرادة ولا شىء عليه فى ذبح السلحفاة لانه من الهوام
والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ فلم
يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل
ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه وقال
الشافعى لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت فى الفواسق المستثناة وكذا
اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ اما لجلده
او ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد
واسم الكلب لا يقع الا على المتعارف عرفا والعرف اقوى ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر
تجب بالغة ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عليه السلام الضبع صيد وفيه الشاة ولان
اعتبار قيمته لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب مؤذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة
الشاة ظاهرا وان صال السبع على المحرم فقتله لا شىء عليه وقال زفر يجب عليه اعتبارا
بالجمل الصائل ولنا ما روى عن عمر رضى الله عنه انه قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا
ابتداناه ولان المحرم ممنوع عن التعرض لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا فى دفع المتوهم
من الاذى كما فى الفواسق فلان يكون ماذونا فى دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن

من ان يرجع لا يجب الجزاء خلافا بخلاف قتل الحاقن لانه لا اذن من صاحب الحق وهو عبد
اضطر المحرم الى ان يصيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص ولا
بأس للمحرم ان يذبح الشاة والبقرة والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء ليست
بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف بأصل الخلقة ولو ذبح
حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك هو يقول انه الوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه
ونحن نقول الحمام متوحش بأصل الخلقة ممتنع بطيرانه وان كان بطيء النهوض والاستئناس عارض
فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستأنسا لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير اذا
ند لا يأخذ حكم الصيد في الحرمة على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال
الشافعي يحل لما ذبحه المحرم لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكوة فعل مشروع
وهذا فعل حرام فلا يكون ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام الميز بين
الدم واللحم تيسيرا فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل
عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل محرم اخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا
لهما ان هذه ميتة فلا يلزمه باكلها الا الاستغفار وصار كما اذا اكله محرم غيره ولابي
حنيفة ان حرمته باعتبار كونه ميتة لما ذكرنا وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي
اخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية في حق الذكاة فصارت حرمة التناول بهذه
الوسائط مضافة الى احرامه بخلاف محرم اخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا
بأس بان يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال وذبحه اذا لم يدل المحرم عليه ولا امره بصيده خلافا
لمالك فيما اذا اصطاده لاجل المحرم وله قوله عليه السلام لا بأس بان يأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده
المحرم او يصاد له ولنا ما روي ان الصحابة رضوان الله عليهم تذاكروا لحم الصيد في حق
المحرم فقال عليه السلام لا بأس به واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان يهدى اليه الصيد
دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص على ان الدلالة
محرمة وفي ذلك روايتان ووجه الحرمة حديث ابي قتادة وقد ذكرناه وفي صيد الحرم اذا ذبحه
الحلال تجب قيمته يتصدق بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن بسبب الحرم قال عليه السلام
في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست بكفارة فاشبه
ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب على المحرم بطريق
الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم يصلح جزاء الافعال لا
ضمان المحال وقال زفر يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم والفرق قد ذكرناه وهل

وهل يجزيه الصوم فيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله فيه اذا كان في يده
خلافا للشافعي فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد ولنا انه
لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق الامن
لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك حرام وان كان فائتا
فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم الصيد من محرم او
حلال لما قلنا ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله وقال الشافعي
يجب عليه ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا ان الصحابة
رضي الله عنهم كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك جرت
العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض من جهته
لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو على ملكه ولا يعتبر
بقاء الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع قال فان اصاب
حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لان المرسل
آمر بالمعروف وناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل ولانه ملك الصيد بالاخذ ملكا
محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة الاحرام
لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه
كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف وان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره لا
ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم اخر في يده فعلى
كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الاخذ على
القاتل وقال زفر لا يرجع لان الاخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما
يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به وهو بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون في معنى
مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه فان قطع حشيش الحرم او شجرة ليس بمملوك
وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتهما ثبتت بسبب الحرم قال
عليه السلام ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لان حرمة
تناولها بسبب الحرم لا بسبب الاحرام فكان من ضمان المحال على ما بيناه ويتصدق
بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه ملكه بسبب

محظور شرعا فلو اطلق له بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة عرفناه غير مستحق للامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم لا ضمان فيه لانه ليس بنام ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف رحمه الله لا باس بالرعي لان فيه ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر لانه استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجوز قطعه ورعيه وبخلاف الكماة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رحمه الله دم واحد بناء على انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر لان المستحق عليه عند الميقات احرام واحد وبتأخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما الجزاء كاملا لان كل واحد منهما بالشركة يصير جانيا جناية تفوق الدلالة فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء عن الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم الصيد او ابتاعه فالبيع باطل لان بيعه حيا تعرض للصيد بتفويت الامن وبيعه بعد ما قتله بيع ميتة ومن اخرج ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت وماتوا فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج من الحرم بقي مستحقا للامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت ليس عليه جزاء الولد لان بعد اداء الجزاء لم تبق آمنة لان وصول الخلف كوصول الاصل

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر فاحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع اليه ولم يلب حتى دخل مكة فطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان رجع اليه محرما فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود وصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليها بعد الغروب ولنا

انه تدارك المتروك في اوانه على ما بينا ان التدارك عنده بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتأخير الى الميقات وجب عليه قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي بعوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا دخله التحق باهله ولاهل البستان ان يدخلوا مكة بغير احرام للحاجة فكذلك له والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذي بينه وبين الحرم وقد مر من قبل فكذا وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزأه من دخوله مكة بغير احرام وقال زفر لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاه محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون العام الثاني ومن جاوز الوقت فاحرم بعمرة وافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر لا يسقط عنه الدم وهو نظير الاختلاف في من فاته الحج اذا جاوز الوقت بغير احرام وفيمن جاوز الوقت بغير احرام واحرم بالحج ثم افسد حجه هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به غيره من المحظورات ومن خرج من المكيين يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الآفاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الآفاقي

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة

وإذا أحرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم أحرم بالحج فإنه يرفض الحج وعليه لرفضه دم وحجة وعمرة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله رفض العمرة أحب إلينا وقضاؤها وعليه دم لأنه لا بد من رفض أحدهما لأن الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة أولى بالرفض لأنها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير موقتة، وكذا إذا أحرم بالعمرة ثم بالحج ولم يأت بشيء من أفعال العمرة لما قلنا، فإن طاف للعمرة أربعة أشواط ثم أحرم بالحج رفض الحج بلا خلاف لأن للأكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما إذا فرغ منها، ولا كذلك إذا طاف للعمرة أقل من ذلك عند أبي حنيفة، وله أن إحرام العمرة قد تأكد بأداء شيء من أعمالها وإحرام الحج لم يتأكد ورفض غير المتأكد أيسر، ولأن في رفض العمرة وهذه حالها إبطال العمل وفي رفض الحج امتناع عنه، وعليه دم بالرفض أيهما رفضه لأنه تحلل قبل أوانه لتعذر المضي فيه فكان في معنى المحصر إلا أن في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لأنه في معنى فائت الحج، وإن مضى عليهما أجزأه لأنه أدى أفعالهما كما التزمهما غير أنه منهي عنه والنهي لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من أصلنا، وعليه دم لجمعه بينهما لأنه تمكن النقصان في عمله لارتكابه المنهي عنه، وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الآفاقي دم شكر. ومن أحرم بالحج ثم أحرم يوم النحر بحجة أخرى فإن حلق في الأولى لزمته الأخرى ولا شيء عليه، وإن لم يحلق في الأولى لزمته الأخرى وعليه دم قصر أو لم يقصر عند أبي حنيفة، وقالا إن لم يقصر فلا شيء عليه لأن الجمع بين إحرامي الحج أو إحرامي العمرة بدعة، فإذا حلق فهو وإن كان نسكا في الإحرام الأول فهو جناية على الثاني لأنه في غير أوانه فلزمه الدم بالإجماع، وإن لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد أخر الحلق عن وقته في الإحرام الأول وذلك يوجب الدم عند أبي حنيفة، وعندهما لا شيء عليه على ما ذكرنا، فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما. ومن فرغ من عمرته إلا التقصير فأحرم بأخرى فعليه دم لإحرامه قبل الوقت لأنه جمع بين إحرامي العمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة. ومن أهل بالحج ثم أحرم بعمرة لزماه لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارنا لكنه أخطأ السنة فيصير مسيئا، فلو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته لأنه تعذر عليه أداؤها إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة، فإن توجه إليها لم يكن رافضا حتى يقف وقد ذكرناه من قبل. فإن طاف للحج ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزماه وعليه دم لجمعه بينهما لأن الجمع بينهما مشروع على ما مر فصح الإحرام بهما، والمراد بهذا الطواف طواف التحية وأنه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه بتركه شيء، وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم

بأفعال الحج، فلهذا لو مضى عليهما جاز وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر هو الصحيح لأنه بان أفعال العمرة على أفعال الحج من وجه، ويستحب أن يرفض عمرته لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله بخلاف ما إذا لم يطف للحج، وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها. ومن أهل بعمرة في يوم النحر أو في أيام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها أي يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه، وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضا على ما ذكرنا فلهذا يلزمه رفضها، فإن رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بينا، فإن مضى عليها أجزأه لأن الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولا في هذه الأيام بأداء بقية أعمال الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيما، وعليه دم لجمعه بينهما إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية، قالوا وهذا دم كفارة أيضا، وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل، وقيل يرفضها احترازا عن النهي، قال الفقيه أبو جعفر ومشايخنا على هذا. فإن فاته الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فإنه يرفضها لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب إحرامه إحرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات إن شاء الله تعالى فيصير جامعا بين العمرتين من حيث الأفعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين، فإن أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين إحراما فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين، وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها بالتحلل قبل أوانه.

باب الإحصار

وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من المضي جاز له التحلل، وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الإحصار إلا بالعدو لأن التحلل بالهدي شرع في حق المحرم لتحصيل النجاة، وبالإحلال ينجو من العدو لا من المرض. ولنا أن آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا الإحصار بالمرض والحصر بالعدو، والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الإحرام، والحرج في الاصطبار عليه مع المرض أعظم، وإذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل، وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة والإراقة لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل، وإليه الإشارة بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فإن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم، وقال الشافعي رحمه الله لا يتوقت به لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف، ولنا أن المراعى أصل التخفيف لا نهايته، وتجوز الشاة لأن المنصوص عليه الهدي والشاة أدناه، وتجزئه البقرة والبدنة أو سبعهما كما في الضحايا، وليس المراد بما ذكرنا بعث الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعذر بل له أن يبعث القيمة حتى تشترى الشاة هنالك وتذبح عنه. قوله

ثم تحلل ... ليس عليه الحلق او التقصير وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لانه عليه السلام حلق عام الحديبية وكان محصرا بها وامر اصحابه بذلك ولهما ان الحلق انما عرف قربة مرتبا على افعال الحج فلا يكون نسكا قبلها وفعل النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف قال وان كان قارنا بعث بدمين لاحتياجه الى التحلل عن احرامين فان بعث بهدي واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز ذبح دم الاحصار الا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز الذبح للمحصر بالحج الا في يوم النحر ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتبارا بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق اذ كل واحد منهما محلل ولابي حنيفة رحمه الله انه دم كفارة حتى لا يجوز الاكل منه فيختص بالمكان دون الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك وبخلاف الحلق لانه في اوانه لان معظم افعال الحج وهو الوقوف ينتهي به والمحصر بالحج اذا تحلل فعليه حجة وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولان الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع والعمرة لانه في معنى فائت الحج بالعمرة فان لم يأت بها يقضيها وعلى المحصر بالعمرة القضاء والاحصار عنها يتحقق عندنا وقال مالك لا يتحقق لانها لا تتوقت ولنا ان النبي عليه السلام واصحابه احصروا بالحديبية وكانوا عمارا ولان شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في احرام العمرة واذا تحقق الاحصار فعليه القضاء اذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان اما الحج واحداهما فلما بينا واما الثانية فلانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها فان بعث القارن هديا وواعدهم ان يذبحوه في يوم بعينه ثم زال الاحصار فان كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه ان يتوجه بل يصبر حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو اداء الافعال وان توجه ليتحلل بافعال العمرة له ذلك لانه فائت الحج وان كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز قبل حصول المقصود بالخلف فاذا ادرك هديه صنع به ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لمقصود استغنى عنه وان كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الاصل وان كان يدرك الحج دون الهدي جاز له التحلل استحسانا وهذا التقسيم لا يستقيم على قولهما في المحصر بالحج لان دم الاحصار عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وانما يستقيم على قول ابي حنيفة رحمه الله وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر ووجه القياس وهو قول زفر رحمه الله انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان انا لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة النفس ولو خاف على ماله لا يلزمه التوجه لكنا اذا خاف على ماله ابيح له ان يحفظ المبعوث على يده بالذبح لفوات مقصوده وجه لا يجب الضمان عليه وله الخيار ان شاء صبر في ذلك المكان او غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه المسألة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف والصحيح ما اعلمتك من التفصيل

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي الحج من قابل ولا دم عليه لقوله عليه السلام من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل ولانه بعد الطواف والسعي ولان الاحرام بعدما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء احد النسكين كما في احرام العمرة وهنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فيها فعلها وهي يوم عرفة ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة وانها ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف رحمه الله انها لا تكره في يوم عرفة قبل الزوال لان دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرناه ولكن مع هذا لو اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة لغيرها وهو تعظيم امر الحج وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي رحمه الله فريضة لقوله عليه السلام العمرة فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عليه السلام الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير مؤقتة بوقت وتتأدى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية وتأويل ما رواه انها مقدرة باعمال كالحج اذ لا تثبت الفريضة مع التعارض في الآثار وهي الطواف والسعي وقد ذكرناه في باب التمتع والله اعلم

باب الحج عن الغير

الاصل في هذا الباب ان الانسان له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلاة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له عليه السلام بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته ثم هذه العبادات انواع مالية محضة كالزكاة وبدنية محضة كالصلاة والصوم ومركبة منهما كالحج والنيابة

يجزي في النوع الاول في حالتي الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب ولا يجزي في
النوع الثاني لان المقصود هو اتعاب النفس لا الجبر ويجزي في النوع الثالث عند العجز للمعنى
الاول وهو المشقة بتنقيص المال ولا يجزي عند القدرة لعدم اتعاب النفس والشرط دوام
العجز الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي الحج النفل تجوز الانابة حالة القدرة لان باب
النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج يقع عن المحجوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في
هذا الباب كحديث الخثعمية فان النبي صلعم قال فحجي عن ابيك واعتمري وعن محمد ان
الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه
كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان بان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما
فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام وكل واحد منهما
امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية فيقع عن المأمور
ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعله عن ايهما
شاء لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على اختياره بعد وقوعه سببا لثوابه
وهنا يفعل بحكم الآمر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق من مالهما لانه
صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين فان مضى
على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك عند ابي يوسف رح
وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام خالفه فيقع عن نفسه بخلاف ما اذا لم يعين حجة
او عمرة كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك مجهول وهنا المجهول من له الحق
وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم يصلح وسيلة
بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان المؤدى لا يحتمل
التعيين فصار مخالفا قال فان امره غيره ان يقرن عنه فالدم على من احرم لانه وجب
شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة
الفعل منه وهذه المسألة تشهد بصحة المروي عن محمد رح ان الحج يقع عن المأمور وكذلك ان
امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذنا له بالقران فالدم عليه لما قلنا ودم
الاحصار على الآمر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف على الحاج لانه وجب
للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما ان الآمر
هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم في مال الميت عند
هما خلافا لابي يوسف رح ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها وقيل هو من

جميع المال لانه وجب للمأمور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه
دم جناية وهو الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد
حجه لان الصحيح هو المأمور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره
اما اذا جامع بعد الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الآمر وعليه الدم في ماله
لما بينا وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا
عنه رجلا فلما بلغ الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت
من منزله من ثلث ما بقي وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يحج عنه من حيث مات الاول
فالكلام هاهنا في اعتبار الثلث وفي مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة رح اما عند محمد
يحج عنه بما بقي من المال المدفوع اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي
اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند ابي يوسف يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه
هو محل لنفاذ الوصية وعند ابي حنيفة المال لا يتعين الا بالثلث لان الوجه الذي سماه الموصي لا
لانه لم يتعين ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز و
العزل فيحج بثلث ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة رح وهو القياس ان القدر الموجود
من السفر قد بطل في حق احكام الدنيا قال عليه السلام اذا مات ابن ادم انقطع عمله
الا من ثلث الحديث وتنفيذ الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كأن
لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج
من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية وقال عليه السلام من مات في طريق الحج كتب
له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية من ذلك المكان واصل الاختلاف
في الذي يحج بنفسه ثم ينبني على ذلك المأمور بالحج ومن اهل بحجة عن ابويه يجزيه ان
يجعلها عن احدهما لان من حج عن غيره بغير امره فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد
اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما ذكرنا
من قبل

باب الهدي

الهدي ادناه شاة لما روي انه عليه السلام سئل عن الهدي فقال ادناه شاة قال وهو
من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عليه الصلوة والسلام لما جعل الشاة ادنى
لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي ما يهدى الى الحرم ليتقرب به فيه
والاصناف الثلثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز في الضحايا لانه قربة
تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيختصان بمحل واحد والشاة جائزة في كل شيء الا

[illegible]

موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيهما قبل ويجوز الاكل من هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منها بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عليه الصلاة والسلام اكل من لحم هديه وحسا من المرقة ويستحب له ان ياكل منها وكذا يستحب ان يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارات وقد صح ان النبي عليه السلام لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الاسلمي رضي الله عنه قال له لا تاكل انت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر قال رضي الله عنه وفي الاصل يجوز ذبح دم التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوع باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق به بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وقضاء التفث يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا اي وقت شاء وقال الشافعي لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران فان كل واحد دم جبر ولنا ان هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لانها لما وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان به من غير تاخير بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا بالغ الكعبة فيصير اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان ومكانه الحرم وقال عليه السلام منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم خلافا للشافعي لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة ولا يجب التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه موقت بيوم النحر فعسى لا يجد من يمسكه فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر قال والافضل في البدن النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور وقال الله تعالى ان تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح وقد صح ان النبي صلعم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في البدن الهدايا قياما او اضجعها واي ذلك

فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي انه عليه السلام نحر الهدايا قياما وكان اصحابه ينحرونها قياما [illegible] والذبح ايسر والذبح هو السنة فيهما والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه ان كان يحسن الذبح لما روي ان النبي صلعم ساق مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانه قربة والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه فجوزنا توليه غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها خالصة لله تعالى فما ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محله الا ان يحتاج الى ركوبها لما روي انه عليه السلام راى رجلا يسوق بدنة فقال له اركبها ويحك وتاويله انه كان عاجزا محتاجا ولو ركبها فانتقص بركوبها فعليه ضمان ما نقص من ذلك وان كان لها لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها وان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتادى به الواجب فلا بد من غيره ويصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحتها ولم ياكل هو ولا غيره من الاغنياء وبذلك امر النبي صلعم ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد بالنعل قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فياكل منه الفقراء دون الاغنياء وهذا لان الاذن يتناوله معلقا بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب هو المقصود فان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانه لم يبق صالحا لما عينه وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر القدوري والبدنة لانه تقليد [illegible] عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم فائدة التقليد على ما تقدم

أهل عرفة إذا وقفوا وشهد قوم أنهم وقفوا يوم النحر أجزأهم والقياس أن لا يجزئهم اعتبارا بما إذا وقفوا يوم التروية وهذا لأنه عبادة تختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما وجه الاستحسان أن هذه شهادة قامت على النفي وعلى أمر لا يدخل تحت الحكم لأن المقصود منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولأن فيه بلوى عامة لتعذر الاحتراز عنه والتدارك غير ممكن وفي الأمر بالإعادة حرج بين فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما إذا وقفوا يوم التروية لأن التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه في يوم عرفة ولأن جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم قالوا ينبغي للحاكم أن لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لأنه ليس فيها إلا إيقاع الفتنة وكذا إذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية الليل مع الناس أو أكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة الوسطى والثالثة ولم يرم الأولى فإن رمى الأولى ثم الباقيتين فحسن لأنه راعى الترتيب المسنون ولو رمى الأولى وحدها أجزأه لأنه تدارك المتروك في وقته وإنما ترك الترتيب وقال الشافعي رحمه الله لا يجزئه ما لم يعد الكل لأنه شرع مرتبا فصار كما إذا سعى قبل الطواف أو بدأ بالمروة قبل الصفا ولنا أن كل جمرة قربة مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لأنه تابع للطواف لأنه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق بها البداية ومن جعل على نفسه أن يحج ماشيا فإنه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الأصل خيره بين الركوب والمشي وهذا إشارة إلى الوجوب وهو الأصل لأنه التزم القربة بصفة الكمال فيلزمه بتلك الصفة كما إذا نذر الصوم متتابعا وأفعال الحج تنتهي بطواف الزيارة فيمشي إلى أن يطوفه ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل من بيته لأن الظاهر هو المراد ولو ركب أراق دما لأنه أدخل نقصا فيه قالوا إنما يركب إذا بعدت المسافة وشق المشي وإذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا يشق عليه ينبغي أن لا يركب ومن باع جارية محرمة قد أذن لها في ذلك فللمشتري أن يحللها ويجامعها وقال زفر ليس له ذلك لأن هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه كما إذا اشترى جارية منكوحة ولنا أن المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها فكذا المشتري إلا أنه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لأنه ما كان للبائع أن يفسخه إذا باشرت بإذنه فكذا لا يكون ذلك للمشتري وإذا كان له أن يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر يتمكن لأنه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ أو يجامعها والأول يدل على أنه يحللها بغير الجماع بقص شعر أو بقلم ظفر ثم يجامع

النكاح في اللغة عبارة عن الوطي ثم قيل للتزوج مجازا لانه سبب له وقيل هو مشترك بينهما وسببه تعلق البقاء المقدور به الى ... ومعناه شرعا عقد موضوع لملك المتعة عناية اي حل استمتاع الرجل من المرأة واحترز عن البيع فانه عقد موضوع لملك اليمين وان تبعه في بعض الصور ملك المتعة في صورة بيع الامة

والمراد بالايجاب ما يتقدم من كلام العاقدين سمي به لانه يوجب للاخر خيار القبول والقبول ... وقال في فتح القدير الايجاب لغة الاثبات لاي شيء كان ...

وذلك يدل على أنه يحللها بالمجامعة لأنها لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والأولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيما لأمر الحج والله سبحانه أعلم وأحكم بالصواب

كتاب النكاح

قال رحمه الله النكاح ينعقد بالإيجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعا فقد جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة وينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي وبالآخر عن المستقبل مثل أن يقول زوجني فيقول زوجتك لأن هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه إن شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد إلا بلفظ النكاح والتزويج لأن التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لأن التزويج للتلفيق والنكاح للضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك أصلا ولنا أن التمليك سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الإجارة في الصحيح لأنه ليس بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الإباحة والإحلال والإعارة لما قلنا ولا بلفظ الوصية لأنها توجب الملك مضافا إلى ما بعد الموت ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين أو رجل وامرأتين عدولا كانوا أو غير عدول أو محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم أن الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عليه السلام لا نكاح إلا بشهود وهو حجة على مالك رحمه الله في اشتراط الإعلان دون الإشهاد ولا بد من اعتبار الحرية فيها لأن العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لأنه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الإسلام في أنكحة المسلمين لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وستعرفه في الشهادات إن شاء الله تعالى ولا تشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له أن الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الإهانة ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة وهذا لأنه لما لم يحرم الولاية على نفسه لإسلامه لا يحرم على غيره لأنه من جنسه ولأنه صلح مقلدا فكذا يصلح مقلدا وكذا المحدود في القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا وإنما الفائت ثمرة الأداء بالنهي لجريمته فلا يبالى بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين قال وإن تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز لأن السماع في النكاح شهادة

ولا شهادة لهم على المسلم فكأنهما لم يسمعا كلام المسلم ولهما أن الشهادة شرطت في النكاح
على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط
في لزوم المال وهما شاهدان عليها بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما
والشهادة شرطت على العقد ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر
بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا للعقد لاتحاد المجلس فيكون
الوكيل سفيرا ومعبرا فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا
يمكن ان يجعل الاب مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بمحضر شاهد واحد ان كانت
حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز **فصل في بيان المحرمات** قال لا يحل للرجل ان يتزوج
بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الآية والجدات
امهات اذ الام هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع **قال** ولا بابنته لقوله تعالى وبناتكم
ولا ببنت ولده وان سفلت للاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا
بخالته لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الآية وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات المتفرقات
وبنات الاخوة المتفرقين لان جهة الاسم عامة قال ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى
وامهات نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص
وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط ولهذا اكتفى
في موضع الاحلال بنفي الدخول **قال** ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
آباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وذكر الاصلاب
لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة ولا بامه من الرضاعة ولا باخته
من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه السلام
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين بنكاح ولا بملك يمين وطئا لقوله
تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه
في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى
محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ
المنكوحة الا اذا حرم الموطوءة على نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ
المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست بموطوءة حكما فان
تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما الاولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احداهما باطل
بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر

قال العيني رحمه الله لان ذكر الحجر في قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم خرج مخرج العادة اي بكون البنات في حجر زوج امهاتها غالبا اي في تربيتها لا على وجه الشرط واستوضح ذلك بقوله ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولم يشترط نفي الحجر حيث لم يقل فان لم تكونوا دخلتم بهن وليس في حجوركم فانه مع نفي ... الا انه يتعلق به الحرمة

قوله فان تزوج اختين في عقدتين ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما ... بين الاختين ... وذلك بطل نكاح الثانية

او للضرر فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهالة
فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما انها الاولى او الاصطلاح لجهالة المستحقة
ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اختها او ابنة اخيها لقوله عليه السلام لا تنكح المرأة
على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة على الكتاب بمثله
ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى لان الجمع بينهما يفضي
الى قطيعة الرحم والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت المحرمية بينهما بسبب
الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها
من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان ابنة الزوج لو قدرتها
ذكرا لم يجز له التزوج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له التزوج
بهذه والشرط ان يصور ذلك من كل جانب ومن زنى بامرأة حرمت عليه امها
وابنتها وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا
ان الوطء سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فصارت اصولها وفروعها
كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة وهي
الموطوءة والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنى ومن مسته امرأة
بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رحمه الله لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امرأة
بشهوة ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في
معنى الدخول ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان
به ولنا ان المس والنظر سبب داع الى الوطء فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس
بشهوة ان تنتشر الآلة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا
يتحقق ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها
لانه بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطء وعلى هذا اتيان المرأة في دبرها واذا طلق
امرأته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي ان
كانت العدة عن طلاق بائن او ثلاث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع و
لهذا لو وطئها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء بعض احكامه كالنفقة
والمنع والفراش والقاطع تأخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب
الطلاق وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق
الزنا ولم يرتفع في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المرأة عبدها لان النكاح

ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة
على الشركة ويجوز تزوج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
اى العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز تزوج
المجوسيات لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم
ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزوج الصابئات اذا كانوا يؤمنون
بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب
لهم لم تجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب
على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال
الشافعي لا يجوز وتزويج الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عليه السلام لا ينكح المحرم ولا ينكح و
لنا ما روى انه عليه الصلوة والسلام تزوج بميمونة وهو محرم وما رواه محمول على
الوطي ويجوز تزويج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز للحر ان يتزوج بامة
كتابية لان جواز نكاح الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الجزء على الرق وقد اندفع
الضرورة بالمسلمة ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي و
امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل
الوصف ولا يتزوج امة على حرة لقوله عليه السلام لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على
الشافعي في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه برضاء الحرة ولان للرق اثرا في تنصيف
النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شاء الله تعالى فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون
حالة الانضمام ويجوز تزوج الحرة عليها لقوله عليه السلام وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات
في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلاث لم يجز
عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا لو حلف لا
يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء بعض الاحكام
النكاح فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل غيرها في قسمها وللحر ان
يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا
ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة عليه
وقال الشافعي لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه ما تلونا اذ الامة
المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد اكثر من اثنتين وقال مالك
يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف

وتزويج المحرم وليته اي موليته على هذا الخلاف يعني يجوز عندنا ان يزوج المحرم وليته في النكاح

منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا لشرف الحرية فان طلق الحر احدى نسائه ال
الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي
وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت قال وان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح
ولا يطأها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان
كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع لابي يوسف ان الامتناع في الاصل
لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص
وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة
للزاني فان تزوج حاملا من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده
وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة ولو
صح النكاح لحصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متأكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان
فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست
بفراش لمولاها فانها لو جاءت بولد لا يثبت نسبه من غير دعوة الا ان عليه ان يستبرئها
صيانة لمائه واذا جاز النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه
كما في الشراء ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا
بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها قبل
ان يستبرئها عندهما وقال محمد لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا ونكاح
المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك
جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة وابن عباس
صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح المؤقت باطل مثل ان يتزوج امرأة بشهادة
شاهدين الى عشرة ايام وقال زفر هو صحيح لازم لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى
بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان
التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة واحداهما لا يحل له
نكاحها صح نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما بخلاف ما اذا جمع
حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع المسمى
للتي يحل له عند ابي حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثليهما وهي مسألة الاصل ومن ادعت عليه
امرأة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن تزوجها وسعها المقام

المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح اولا وفي قوله الآخر
وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رح لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة
فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة رح ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف
على حقيقة الصدق بخلاف الكفر والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على
الحجة وامكن تنفيذه باطنا بتقديم النكاح نفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان
في الاسباب تزاحما فلا امكان والله اعلم

باب الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رح في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رح ينعقد موقوفا وقال
مالك والشافعي رح لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده والتفويض اليهن
مخل بها الا ان محمدا يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز انها تصرفت في خالص حقها
وهي من اهله لكونها عاقلة مميزة ولهذا كان لها التصرف في المال ولها اختيار الازواج وانما يطالب
الولي بالتزويج كيلا تنسب الى الوقاحة ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي
الاعتراض في غير الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من
واقع لا يرفع ويروى رجوع محمد رح الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح
خلافا للشافعي رح له الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض
الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية على الصغيرة لقصور عقلها
وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف في المال وانما يملك الاب
قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال واذا استأذنها فسكتت او
ضحكت فهو اذن لقوله عليه السلام البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جهة
الرضاء فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك ادل على الرضاء من السكوت
بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهية وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة لما سمعت لا يكون
رضاء واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال فان فعل هذا غير الولي يعني استأمر غير الولي او ولي
غيره اولى منه لم يكن رضاء حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات الى كلامه فلم يقع دلالة
على الرضاء ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غير الاولياء بخلاف ما اذا كان
المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع به المعرفة
لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها
فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان

فضوليا يشترط العدد او العدالة عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا وله نظائر
ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور ولان النطق لا
يعد عيبا منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او جراحة
او تعنيس او حيضة فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيب لها ومنه الباكورة
والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة لان مصيبها عائد
اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رح ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها
بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة
او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى
لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها وان قال الزوج بلغك النكاح فسكت فقالت رددت فالقول
قولها وقال زفر رح القول قوله لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له
الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وملك البضع والمرأة
تدفعه فكانت منكرة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسألة الخيار لان اللزوم قد
ظهر بمضي المدة وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن
له بينة فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسألة الاستحلاف في الاشياء الستة وستأتيك في
الدعوى ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة
او ثيبا والولي هو العصبة ومالك يخالفنا في غير الاب والشافعي في غير الاب والجد و
في الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة لعدم
الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه فلا يلحق به قلنا
لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر الا بين المتكافئين عادة
ولا يتفق الكفو في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر احرازا للكفو وجه قول الشافعي ان
النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب والجد لقصور شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف
في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة
داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف
التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن تدارك الخلل فلا تفيد الولاية الا ملزمة وفي الصغيرة
ثبتت ولاية الالزام وجه قوله في المسألة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود
الممارسة فادرنا الحكم عليها تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة

لحدث الرأي مزيد الشفقة فيعدم الحكم في الصغير في الذي يوجد كما مثنا فيما ينفذ وقوله في
النكاح يعم جميع العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث
والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار لهما
بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما كما اذا باشراه برضاهما
بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان شاء اقام على
النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف لا خيار لهما اعتبارا
بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور الشفقة فيتطرق
الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب في غير الاب والجد يتناول
الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما ونقصان الشفقة في الآخر فيتخير
ويشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان الفسخ ههنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل
ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما في حق الآخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع
ضرر جلي وهو زيادة الملك عليها ولهذا اختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء
ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضا وان لم تعلم فلها الخيار
حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به
فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع والدار دار العلم فلم
تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم
خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه ما يعلم
انه رضا وكذلك الجارية اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء
النكاح وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب
والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فيبطل بالرضا غير ان سكوت البكر رضا
بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه المجلس كما في خيار
المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق
لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك للطلاق فان مات احدهما قبل
البلوغ ورثه الآخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق لان اصل العقد صحيح
والملك ثابت به وقد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي اذا مات احد الزوجين
قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا نافذ فيتقرر به قال ولا
ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم فاولى ان لا تثبت على غيرهم

المخيرة.
المعتقة.

على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء ولا ولاية لكافر على مسلمة
لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا
يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده الكافر لقوله تعالى والذين كفروا
بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري بينهما التوارث ولغير العصبات
من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة رح معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان
وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية عن ابي حنيفة رح وقول ابي يوسف رح مضطرب
فيه والاشهر انه مع محمد لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة
غير الكفؤ اليها والى العصبات الصيانة ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض الى
من هو المختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة القرابة اذا
زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه آخر العصبات واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم
لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد
منه ان يزوج وقال زفر لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانها تثبت حقا له صيانة للقرابة
فلا تبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته و
لنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد
وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع ولئن سلم
فللابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين و
ايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة
الا مرة وهو اختيار القدوري رح وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار
بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ باستطلاع رأيه وهذا اقرب
الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته ح واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها
ابنها عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما
ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة
كاب الام مع بعض العصبات **فصل في** الكفاءة الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه الصلاة
والسلام زوجوا بناتكم الاكفاء وقال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا
يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى
ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتباره بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه د
ناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر

العار من القسم ثم الكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض
والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب
بعضهم لبعض اكفاء قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل
بين قريش لما روينا وعن محمد رح الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال
تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون
بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن له اباء
فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفؤا لمن له ابوان في الاسلام لان تمام
النسب بالاب والجد وابو يوسف رح الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم
بنفسه لا يكون كفؤا لمن له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين الموالي بالاسلام والكفاءة
في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة
قال وتعتبر ايضا في الدين اي الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الصحيح
من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا تعتبر لانه
من امور الاخرة فلا تبتنى احكام الدنيا عليه الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران
ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا
هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفؤا لان المهر بدل
البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله
لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري
المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس
يتفاخرون بالغنى ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رح لا تعتبر لانه لا ثبات له اذ المال غاد
ورائح وتعتبر في الصنائع وهذا عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعن ابي حنيفة رح في ذلك روايتان
وعن ابي يوسف رح انه لا تعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ ووجه الاعتبار ان الناس
يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها ووجه القول الاخر ان الحرفة ليست بلازمة
ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها واذا تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها
فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم
ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رح على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد
صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه لهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا

حقه لا يعترض عليه كما في الابراء بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهر
ويتعيرون بنقصانه فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعير به واذا زوج
الاب ابنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما
ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن
الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته
يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غير
هما ولابي حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على
المهر اما المالية فهي المقصودة في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج
ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رضه وهذا عند ابي حنيفة
ايضا لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها وعندهما هو ضرر ظاهر لعدم الكفاءة فلا يجوز
فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر
لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا يجوز لهما ان الواحد لا يتصور ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي رح
يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه سواه ولا ضرورة في حق الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع
في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت الحقوق اليه واذا
تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول قال وتزويج العبد والامة
بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل
امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا لان كل عقد صدر من الفضولي وله مجيز
انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي رح تصرفات الفضولي كلها باطلة لان العقد وضع
لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى
محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى
حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو
باطل وان قال اخر اشهدوا اني قد زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان
كانت المرأة هي التي قالت جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح
اذا زوجت المرأة نفسها غائبا فبلغه الخبر فاجاز جاز وحاصل هذا الخلاف ان الواحد لا يصلح
فضوليا من الجانبين او فضوليا من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى
العقد بين الفضوليين او بين الفضولي والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين

امر تزويجها

ولنا ان الوكيل

ينعقد وإذا كان فضوليا يتوقف، وصار كالخلع والطلاق والإعتاق على مال. ولهما أن الموجود شطر
لأنه شطر حالة الحضرة فكذا عند الغيبة، وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع، بخلاف
المأمور من الجانبين لأنه ينتقل كلامه إلى العاقدين، وما جرى بين الفضوليين عقد تام، وكذا
الخلع وأخواته لأنه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به. ومن أمر رجلا بأن يزوجه امرأة فزوجه
اثنتين في عقدة واحدة لم يلزمه واحدة منهما، لأنه لا وجه إلى التنفيذ فيهما للمخالفة، ولا إلى التنفيذ في
إحداهما غير عين للجهالة، ولا إلى التعيين لعدم الأولوية، فتعين التفريق. ومن أمره أمير بأن
يزوجه امرأة فزوجه أمة لغيره جاز عند أبي حنيفة رجوعا إلى إطلاق اللفظ وعدم التهمة. وقالا لا
يجوز إلا أن يزوجه كفؤا، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف وهو التزوج بالأكفاء. قلنا العرف
مشترك، أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا. وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان
عندهما، لأن كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالكفء.

باب المهر

قال: ويصح النكاح وإن لم يسم فيه مهرا، لأن النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم
بالزوجين، ثم المهر واجب شرعا إبانة لشرف المحل فلا يحتاج إلى ذكره لصحة النكاح، وكذا إذا تزوجها
بشرط أن لا مهر لها لما بينا، وفيه خلاف مالك. وأقل المهر عشرة دراهم. وقال الشافعي: ما يجوز
أن يكون ثمنا في البيع لأنه حقها فيكون التقدير إليها. ولنا قوله عليه السلام: ولا مهر أقل من عشرة، ولأنه
حق الشرع وجوبا إظهارا لشرف المحل فيتقدر بما له خطر، وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة. ولو
سمى أقل من عشرة فلها العشرة عندنا. وقال زفر لها مهر المثل لأن تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه.
ولنا أن فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة، فأما ما يرجع إلى حقها فقد رضيت
بالعشرة لرضاها بما دونها، ولا معتبر بعدم التسمية لأنها قد ترضى بالتمليك من غير عوض تكرما، ولا
ترضى فيه بالعوض اليسير. ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا الثلاثة، وعنده
تجب المتعة كما إذا لم يسم شيئا. ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى إن مات عنها أو دخل بها
لأنه بالدخول يتحقق تسليم المبدل، وبه يتأكد البدل، وبالموت ينتهي النكاح نهايته، والشيء بانتهائه
يتقرر، فيتقرر بجميع مواجبه. وإن طلقها قبل الدخول بها والخلوة فلها نصف المهر
لقوله تعالى: وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية، والأقيسة متعارضة، ففيه تفويت
الزوج الملك على نفسه باختياره، وفيه عود المعقود عليه إليها سالما، فكان المرجع فيه النص. وشرط
أن يكون قبل الخلوة لأنها كالدخول عندنا على ما نبينه إن شاء الله تعالى. وإن تزوجها ولم يسم
لها مهرا أو تزوجها على أن لا مهر لها فلها مهر المثل إن دخل بها أو مات عنها. وقال الشافعي

رحمه الله: لا يجب شيء في الموت، وأكثرهم على أنه يجب في الدخول، لأن المهر خالص حقها
فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من إسقاطه انتهاء. ولنا أن المهر وجوبا حق الشرع على ما مر،
وإنما يصير حقا لها في حالة البقاء فتملك الإبراء دون النفي. ولو طلقها قبل الدخول بها فلها
المتعة لقوله تعالى: ومتعوهن على الموسع قدره الآية، ثم هذه المتعة واجبة رجوعا إلى الأمر،
وفيه خلاف مالك رحمه الله. والمتعة ثلاثة أثواب من كسوة مثلها، وهي درع وخمار وملحفة. وهذا التقدير
مروي عن عائشة رضي الله عنها وابن عباس رضي الله عنهما، وقوله من كسوة مثلها إشارة إلى
أنه يعتبر حالها، وهو قول الكرخي رحمه الله في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر المثل. والصحيح أنه يعتبر حاله
عملا بالنص، وهو قوله تعالى: على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها
ولا تنقص عن خمسة دراهم، ويعرف ذلك في الأصل. وإن تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا
على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها، وإن طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة. وعلى قول أبي
يوسف رحمه الله أولا نصف هذا المفروض، وهو قول الشافعي رحمه الله، لأنه مفروض فيتنصف كالمسمى. ولنا
أن هذا الفرض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل، وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته،
والمراد بما تلا الفرض في العقد إذ هو الفرض المتعارف. وإن زاد لها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة
خلافا لزفر رحمه الله، وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن إن شاء الله تعالى. وإذا صحت الزيادة
تسقط بالطلاق قبل الدخول، وعلى قول أبي يوسف أولا تتنصف مع الأصل، لأن التنصيف
عندهما يختص بالمفروض في العقد، وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر. وإن حطت
عنه من مهرها صح الحط، لأن المهر بقاء حقها، والحط يلاقيه حالة البقاء. وإذا خلا الرجل بامرأته و
ليس هناك مانع من الوطء ثم طلقها فلها كمال المهر. وقال الشافعي رحمه الله: لها نصف المهر، لأن المعقود
عليه إنما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه. ولنا أنها سلمت المبدل حيث رفعت
الموانع، وذلك وسعها، فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع. وإن كان أحدهما مريضا أو صائما
في رمضان أو محرما بحج فرض أو نفل أو بعمرة، أو كانت حائضا، فليست الخلوة صحيحة، حتى
لو طلقها كان لها نصف المهر، لأن هذه الأشياء موانع. أما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع أو
يلحقه به ضرر، وقيل مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور، وهذا التفصيل في مرضها. وصوم رمضان
لما يلزمه من القضاء والكفارة، والإحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك، والحيض
مانع طبعا وشرعا. وإن كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله، لأنه يباح له الإفطار
من غير عذر في رواية المنتقى، وهذا القول في المهر هو الصحيح. وصوم القضاء والمنذور
كالتطوع في رواية، لأنه لا كفارة فيه. والصلاة بمنزلة الصوم، فرضها كفرضه، ونفلها كنفله

كسفله واذا خلا المجبوب بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رح وقالا عليها نصف المهر
لانه اعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رح ان المستحق
عليها التسليم في حق السحق وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا
استحسانا لتوهم الشغل والعدة حق الشرع والولد فلا يصدق في ابطال حق الغير
بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه وذكر القدوري في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب
العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن
حقيقة قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها زوجها
قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رح تجب لكل مطلقة الا لهذه
لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة نصف المهر
طريقة المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف
عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان
خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير
جان في الايحاش فلا تلحقه الغرامة به فكان من باب الفضل واذا زوج الرجل ابنته على ان
يزوجه المتزوج ابنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال
الشافعي رح بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في
هذا الباب فبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا
سمى خمرا او خنزيرا ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة او على
تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رح لها قيمة خدمته وان تزوج عبد حرة باذن مولاه
على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رح لها تعليم القرآن والخدمة في الوجهين
لان ما يصح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة فصار
كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع هو الابتغاء
بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال لتضمنه تسليم
رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح لما فيه
من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف خدمة العبد لانه
يخدم مولاه معنى حيث يخدمها باذنه وامره وبخلاف رعي الاغنام لانه من باب القيام بامور
الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رح تجب قيمته لان المسمى
مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على عبد الغير وعلى قول ابي

حنيفة رح وابي يوسف يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا يستحق فيه بحال فصار
كتسمية خمر وخنزير وهذا لان تقومه بالعقد للضرورة فاذا لم يجب تسليمه في العقد لم
يظهر تقومه فيبقى الحكم على الاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم
طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر
في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد
على صاحبه بشيء في قولهم جميعا وفي القياس يرجع بنصف الصداق وهو قول زفر رح لانه سلم المهر له
بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه بالطلاق ووجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق
قبل الدخول وهو براءة ذمته عن نصف المهر ولا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود
ولو قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها
قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليها بنصف
ما قبضت اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رح
ان مقصود الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند
الطلاق والحط لا يلتحق باصل العقد في النكاح الا ترى ان الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف
ولو كانت وهبت اقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها الى تمام النصف
وعندهما بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبضه فوهبته له ثم
طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رح يرجع عليها
بنصف قيمته لان الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره ووجه الاستحسان
ان حقه عند الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل اليه ولهذا لم يكن لها دفع
شيء آخر مكانه بخلاف ما اذا كان المهر دينا وبخلاف ما اذا باعت من زوجها لانه وصل
ببدل ولو تزوجها على حيوان او عروض في الذمة فكذلك الجواب لان المقبوض متعين
في الرد وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح فاذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه
وان تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلدة او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان وفى بالشرط
فلها المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها
لانه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته ينعدم رضاها بالالف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة
والهدية مع الالف ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها فان اقام
بها فلها الالف وان اخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند

ابي حنيفة رح وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف ان اقام بها والالفان
ان اخرجها وقال زفر الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا
يزاد على الالفين واصل المسألة في الاجارات في قوله ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته
غدا فلك نصف درهم وسنبينه ان شاء الله تعالى ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا العبد
كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس وان كان اكثر من ارفعهما فلها الارفع وان
كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لها الاوكس في ذلك كله وان طلقها
قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع لهما ان المصير الى مهر المثل لتعذر ايجاب
المسمى وقد امكن ايجاب الاوكس اذ الاقل متيقن فصار كالخلع والاعتاق على مال ولابي
حنيفة رح ان الموجب الاصلي مهر المثل اذ هو الاعدل والعدول عنه عند صحة التسمية وقد فسدت
لمكان الجهالة بخلاف الخلع والاعتاق على مال لانه لا موجب له في البدل الا ان مهر المثل اذا كان
اكثر من الارفع فالمرأة رضيت بالحط وان كان انقص من الاوكس فالزوج رضي بالزيادة
والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الاوكس يزيد عليها في العادة فوجب
لاعترافه بالزيادة واذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية ولها الوسط منه والزوج
مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته قال رضه معنى هذه المسألة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف
بان يتزوجها على حمار او فرس اما اذا لم يسم الجنس بان تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب
مهر المثل وقال الشافعي رح يجب مهر المثل في الوجهين لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى
في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام
المال ابتداء حتى لا يفسد باصل الجهالة كالدية والاقارير وشرطنا ان يكون المسمى مالا وسطه معلوم
رعاية للجانبين وذلك عند اعلام الجنس لانه يشتمل على الجيد والردي والوسط ذو حظ منهما
بخلاف جهالة الجنس لانه لا وسط لاختلاف معاني الاجناس وبخلاف البيع لان مبناه على المضايقة
والمماكسة اما النكاح فمبناه على المسامحة وانما يتخير لان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت
اصلا في حق الايفاء والعبد اصل تسمية فيتخير بينهما وان تزوجها على ثوب غير موصوف فلها
مهر المثل ومعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه ان هذه جهالة الجنس اذ الثياب اجناس ولو سمى
جنسا بان قال هروي يصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في
ظاهر الرواية لانها ليست من ذوات الامثال وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا وسمى جنسه دون
صفته وان سمى جنسه وصفته لا يخير لان الموصوف منهما يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا فان
تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لان شرط قبول الخمر شرط فاسد فيصح

النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية لما ان
المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فان تزوج امرأة على هذا الدن من الخل فاذا هو
خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنه خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو
حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح تجب القيمة لابي يوسف رح
انه اطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب عليه قيمته او مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا
تزوج على عبد وهلك العبد المسمى قبل التسليم وابو حنيفة رح يقول اجتمعت الاشارة
والتسمية فتعتبر الاشارة لكونها ابلغ في المقصود وهو التعريف وكأنه تزوج على خمر او حر
ومحمد يقول الاصل ان المسمى اذا كان من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه لان المسمى موجود
في المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لان المسمى مثل
المشار اليه وليس بتابع له والتسمية ابلغ في التعريف من حيث انها تعرف الماهية والاشارة
تعرف الذات الا ترى ان من اشترى فصا على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف
الجنس ولو اشترى على انه ياقوت احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسألتنا
الحر مع العبد جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت في
المقاصد وان تزوجها على هذين العبدين فاذا احدهما حر فليس لها الا الباقي اذا ساوى
عشرة دراهم عند ابي حنيفة رح لانه مسمى ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل
وقال ابو يوسف رح لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لانه اطمعها سلامة العبدين وعجز
عن تسليم احدهما فتجب قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح لها العبد الباقي
وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها اكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده
فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح
الفاسد قبل الدخول بها فلا مهر لها لان المهر فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب
باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة فيه لا تثبت بها التمكن فلا يقام مقام
الوطء فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا خلافا لزفر رح هو يعتبره بالبيع الفاسد
ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية فان زادت على مهر المثل لم تجب الزيادة
لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع
لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع
الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق لا من آخر
الوطئات هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق ويثبت نسب ولدها

لان النسب يحافظ في اثباته احياء الولد فيترتب على الثبات من وجه ويعتبر بحسب الولد
لان النسب يحافظ في اثباته احياء الولد فيترتب على الثبات من وجه ويعتبر في النسب
وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بعقد يرجع اليه والاقامة بلوغا
ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عمها لقول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسائها
وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء انما تعرف بالنظر الى قيمة
جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بيناه فان كانت الام من قوم ابيها بان
كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لانها من قوم ابيها ويعتبر في مهر المثل ان تتساوى المرأتان في
السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والعفة لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه
الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر قالوا ويعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه
يختلف بالبكارة والثيوبة واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه
الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبة زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع
الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كانت
الزوجة صغيرة بخلاف ما اذا باع الاب مال ابنه الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر
في النكاح وفي البيع عاقد مباشر حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة
ومحمد ويملك قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم
الابوة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك القبض بعد بلوغها فلم يصر ضامنا لنفسه
قال وللمرأة ان تمنع نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها
في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر والخروج
من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له
حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها لاسقاطها حقها
بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف وان دخل بها فكذلك الجواب عند ابي حنيفة
وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة
او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها برضاها ويبتني
على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة الواحدة وبالخلوة
ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع وله انها منعت منه ما
قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة لخطره والتأكيد
بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما تحققت المزاحمة

المزاحمة ويصير المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى اخرى يدفع
بجميعهما واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى اسكنوهن من حيث
سكنتم من وجدكم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى وفي قرى المصر القريبة
لا تتحقق الغربة ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول المرأة الى مهر مثلها والقول
قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قوله في نصف المهر
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف القول قوله قبل الطلاق وبعده الا
ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف ان المرأة تدعي
الزيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء قليل يكذبه الظاهر فيه
وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجاب شيء من المسمى لا يصار اليه ولهما ان
القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار
كالصباغ مع صاحب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر يحكم فيه قيمة الصبغ ثم ذكر هنا ان بعد
الطلاق قبل الدخول القول قوله في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل
وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق
كمهر المثل قبله فيحكم كهو ووجه التوفيق انه وضع المسألة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا
تبلغ هذا المبلغ في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة
مثلها عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو
المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا في حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى
الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين
او اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة في الوجه الاول تقبل
بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها الفا
وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة هذا تخريج الرازي وقال الكرخي يتحالفان
في الفصول الثلاثة ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع
لانه هو الاصل عندهما وعنده يتعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف بعد موت
احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما ولو
كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة ولا يستثنى
القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وان كان في اصل المسمى فعند ابي
حنيفة القول قول من انكره فالحاصل انه لا يحكم بمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه من بعد

ان شاء استحق واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجه قولهما ان مهر المثل صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة ان موتهما يدل على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وان بعث الى امراته شيئا فقالت هو هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يؤكل فان القول قولها والمراد منه ما يكون مهيئا للاكل لانه يتعارف هدية فاما في الحنطة والشعير فالقول قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر يكذبه

فصل

واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا والزنا وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة ان اهل الذمة لا يلتزمون احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا بان نتركهم وما يدينون فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنا لانه حرام في الاديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم لقوله عليه السلام الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على الخلاف فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض مؤكد للملك في المقبوض فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما

ابتداء واذا اختلف حالة القبض وحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب مهر المثل فكذا ابتداء ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم للاسلام فيجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة ان الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا تجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا يرى انه لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها والله اعلم

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك يجوز للعبد لانه يملك الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عليه السلام ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب وكذا المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من انفسهما واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق بحال العبد المتمرد او هو ادنى فكان الحمل عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة فهو اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فتتعين الاجازة ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ منه اذا عتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير فلا يكون ظاهرا في حق

فيه قدرة بعد العتق لما أن المقصود من النكاح في المستقبل الإعفاف والتحصين وذلك بالجائز
ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف إلى الجائز بخلاف البيع لأن بعض المقاصد قد حاصل وهو ملك
التصرف وله أن اللفظ مطلق فيجري على إطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل
كالنسب ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطء ومسئلة اليمين ممنوعة على ما هو
الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة أسوة للغرماء في مهرها ومعناه إذا
كان النكاح بمهر المثل وهذا لأن سبب الولاية ملكه الرقبة على ما ذكرناه والنكاح لا ينافي
حق الغرماء إلا أنه إذا صح النكاح وجب الدين بسبب لا مرد له فشابه دين
الاستهلاك وصار كالمريض المديون إذا تزوج امرأة فبمهر مثلها أسوة للغرماء ومن زوج
أمته فليس عليه أن يبوئها بيت الزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها
لأن حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة إبطال له فإن بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى
وإلا فلا لأن النفقة تقابل الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له أن يستخدمها له ذلك لأن الحق باق
لبقاء الملك فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده
وأمته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع إلى مذهبنا أن للمولى إجبارهما على النكاح وعند الشافعي
لا إجبار في العبد وهو رواية عن أبي حنيفة رح لأن النكاح من خصائص الآدمية
والعبد داخل تحت ملك المولى من حيث إنه مال فلا يملك إنكاحه بخلاف الأمة لأنه مالك منافع
بضعها فيملك تمليكها ولنا أن الإنكاح إصلاح ملكه لأن فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب
الهلاك أو النقصان فيملكه اعتبارا بالأمة بخلاف المكاتب والمكاتبة لأنهما التحقا بالأحرار تصرفا
فيشترط رضاهما ومن زوج أمته ثم قتلها قبل أن يدخل بها زوجها فلا مهر لها عند أبي حنيفة رح
وقالا عليه المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف أنفها وهذا لأن المقتول ميت بأجله فصار كما إذا قتلها
أجنبي وله أنه منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما إذا ارتدت الحرة والقتل في أحكام الدنيا
جعل إتلافا حتى وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وإن قتلت حرة نفسها قبل أن يدخل
بها زوجها فلها المهر خلافا لزفر هو يعتبره بالردة وبقتل المولى أمته والجامع ما بيناه ولنا أن جناية
المرء على نفسه غير معتبرة في حق أحكام الدنيا فشابه موتها حتف أنفها بخلاف قتل المولى أمته لأنه
معتبر في حق أحكام الدنيا حتى تجب الكفارة عليه وإذا تزوج أمة فالإذن في العزل إلى المولى عند أبي
حنيفة رح وعندهما الإذن إليها لأن الوطء حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل
تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في الحرة بخلاف الأمة المملوكة لأنه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها
وجه ظاهر الرواية أن العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارق الحرة

حرة وإن تزوجت أمة بإذن مولاها ثم أعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها أو عبدا لقوله عليه السلام
لبريرة رضي الله عنها حين أعتقت ملكت بضعك فاختاري فالتعليل بملك البضع صدر
مطلقا فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما إذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولأنه
يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلاث تطليقات فتملك رفع أصل العقد
دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني إذا تزوجت بإذن مولاها ثم أعتقت وقال زفر
لا خيار لها لأن العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لإثبات الخيار بخلاف الأمة
لأنه لا يعتبر رضاها ولنا أن العلة ازدياد الملك وقد وجدناها في المكاتبة لأن عدتها
قرءان وطلاقها ثنتان وإن تزوجت أمة بغير إذن مولاها ثم أعتقت صح النكاح لأنها من
أهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال ولا خيار لها لأن النفوذ بعد العتق فلا تتحقق
زيادة الملك كما إذا زوجت نفسها بعد العتق فإن كانت تزوجت نفسها بغير إذنه على
ألف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها ثم أعتقها مولاها فالمهر للمولى لأنه استوفى منافع مملوكة
للمولى وإن لم يدخل بها حتى أعتقها فالمهر لها لأنه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الألف
المسمى لأن نفاذ العقد بالعتق استند إلى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى
ولهذا لم يجب مهر آخر بالدخول في نكاح موقوف لأن العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب
إلا مهرا واحدا ومن وطئ أمة ابنه فولدت منه فهي أم ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسألة
أن يدعيه الأب ووجهه أن له ولاية تملك مال ابنه للحاجة إلى البقاء فله تملك جاريته للحاجة
إلى صيانة الماء غير أن الحاجة إلى إبقاء نسله دونها إلى إبقاء نفسه فلهذا يتملك الجارية بالقيمة
والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له إذ المصحح حقيقة الملك أو
حقه وكل ذلك غير ثابت للأب فيها حتى يجوز له التزوج بها فلا بد من تقديمه فتبين أن الوطء
يلاقي ملكه فلم يلزمه العقر وقال زفر والشافعي يجب المهر لأنهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد
كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه ولد المسألة معروفة ولو كان الابن زوجها أباه فولدت
منه لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولده حر لأنه صح التزوج عندنا خلافا للشافعي لخلوها
عن ملك الأب ألا يرى أن الابن ملكها من كل وجه فمن المحال أن يملكها الأب من وجه وكذا
يملك من التصرفات ما لا يبقى معه ملك الأب لو كان فدل ذلك على انتفاء ملكه إلا أنه يسقط الحد
للشبهة وإذا جاز النكاح صار ماؤه مصونا به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ولا
قيمة عليه فيها ولا في ولدها لأنه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولده حر لأنه ملكه أخوه
فيعتق عليه وإذا كانت حرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل فسد

النكاح وقال زفر رح لا يفسد واصله ان العتق يقع عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها عندنا وعنده يقع عن المأمور لانه طلب ان يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا انه امكن تصحيحه بتقديم الملك بطريق الاقتضاء اذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله اعتق طلب التمليك منه بالالف ثم امره باعتاق عبد الآمر عنه وقوله اعتقت تمليكا منه ثم الاعتاق عنه واذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قال اعتقه عني ولم يسم مالا لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح هذا والاول سواء لانه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره ان يطعم عنه ولهما ان الهبة من شرطها القبض بالنص فلا يمكن اسقاطه ولا اثباته اقتضاء لانه فعل حسي بخلاف البيع لانه تصرف شرعي وفي تلك المسئلة الفقير ينوب عن الآمر في القبض اما العبد فلا يقع في يده شيء لينوب عنه والله سبحانه وتعالى اعلم

باب نكاح اهل الشرك

واذا تزوج الكافر بغير شهود او في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وقال زفر رح النكاح فاسد في الوجهين الا انه لا يتعرض لهم قبل الاسلام والمرافعة الى الحكام وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الوجه الاول كما قال ابو حنيفة رح وفي الوجه الثاني كما قال زفر رح له ان الخطابات عامة على ما مر من قبل فيلزمهم وانما لا يتعرض لهم لذمتهم اعراضا لا تقريرا فاذا ترافعوا او اسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين اياها وحرمة النكاح بغير الشهود مختلف فيها ولم يلتزموا احكامنا بجميع الاختلافات ولابي حنيفة رح ان الحرمة لا يمكن اثباتها حقا للشرع لانهم لا يخاطبون بحقوقه ولا وجه الى ايجاب العدة حقا للزوج لانه لا يعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم لانه يعتقده واذا صح النكاح فحالة المرافعة والاسلام حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة واذا تزوج المجوسي امه او ابنته ثم اسلما فرق بينهما لان نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم عندهما كما مر في مسئلة العدة ووجب التعرض بالاسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح الا ان المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لانها لا تنافيه ثم باسلام احدهما يفرق بينهما وبمرافعة احدهما لا يفرق عنده خلافا لهما والفرق ان استحقاق احدهما لا يبطل بمرافعة صاحبه اذ لا يتغير اعتقاده اما اعتقاد المصر لا يعارض اسلام المسلم لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا

فرق بينهما بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لانه مستحق للقتل والامهال ضرورة التأمل والنكاح يشغله عنه فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لانها محبوسة للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه ولانه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل لمصالحه فان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذلك ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه لان في جعله تبعا له نظرا له ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد كتابي لان فيه نوع نظر له اذ المجوسية شر والشافعي رح يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح واذا اسلمت المرأة وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف رح لا يكون طلاقا في الوجهين اما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الاسلام لان فيه تعرضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة ان لا نتعرض لهم الا ان ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده يتأجل الى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق ولنا ان المقاصد قد فاتت فلا بد من سبب تبتنى عليه الفرقة والاسلام طاعة لا يصلح سببا لها فيعرض الاسلام لتحصل المقاصد بالاسلام او تثبت الفرقة بالاباء وجه قول ابي يوسف رح ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة بسبب الملك ولهما ان بالاباء امتنع الزوج عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة اما المرأة فليست باهل للطلاق فلا ينوب القاضي منابها عند ابائها ثم اذا فرق بينهما باباءها فلها المهر ان كان دخل بها لتأكده بالدخول وان لم يدخل بها فلا مهر لها لان الفرقة من قبلها والمهر لم يتأكد فاشبه الردة والمطاوعة واذا اسلمت المرأة في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لان الاسلام ليس سببا للفرقة والعرض على الاسلام متعذر لقصور الولاية ولا بد من الفرقة دفعا للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل بينهما كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد

الزوجين من دار الحرب الينا مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي احد الزوجين وقعت البينونة بينهما وان سبيا معا لم تقع البينونة وقال الشافعي تقع فالحاصل ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي فيقتضي الصفاء للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع التباين حقيقة وحكما لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكما لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا مهاجرة جاز لها ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة وقالا عليها العدة لان الفرقة وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة انها اثر النكاح المتقدم وجبت اظهارا لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية وان كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها زوجها حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطا واذا ارتد احد الزوجين عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق هو يعتبره بالاباء وابو يوسف مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة فرق ووجه الفرق ان الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقا بخلاف الاباء لانه يفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل ونصف المهر ان لم يدخل وان كانت هي المرتدة فلها كل المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة من قبلها واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما استحسانا وقال زفر يبطل لان ردة احدهما منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معا لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه مناف كابتدائها

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او احدهما بكرا والاخرى ثيبا لقوله عليه السلام من كان له امرأتان ومال الى احدهما في القسم جاء يوم القيامة وشقه مائل وعن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم انه كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتنى على النشاط وان كانت احداهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهار النقصان في الحقوق والمكاتبة والمدبرة وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم قال ولا حق لهن في القسم حالة السفر فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها وقال الشافعي القرعة مستحقة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا اراد سفرا اقرع بين نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق للمرأة عند مسافرة الزوج الا يرى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر بواحدة منهن ولا يحتسب عليه بتلك المدة وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله ان يراجعها وتجعل يوم نوبتها لعائشة رضي الله عنها ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب فلا يسقط والله اعلم

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره سواء اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان ولا الاملاجة ولا الاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع لما نبين ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة وقالا سنتان وهو قول الشافعي وقال زفر ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين لما نبين فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ومدة الحمل ادناها ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقال عليه السلام لا رضاع بعد حولين وله هذه الآية ووجهه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها

ما لا يحل للضرورة لكن قام المقتضي في الحولين فتقدرت به ولانه لا بد
من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى
مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم و
الحديث محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا
مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عليه السلام لا رضاع بعد الفصال
ولان الحرمة باعتبار النشوء وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة
الا في رواية عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل
يباح الارضاع بعد المدة فقد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الآدمي قال و
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي روينا الا ام اخته من الرضاعة فانه
يجوز ان يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج ام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه
بخلاف الرضاع ويجوز ان يتزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ان يتزوج اخت ابنه من
النسب لانه لما وطئ امها حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه او امراة
ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في
النص لاسقاط اعتبار التبني على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة
صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى آبائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه
اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية
واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين فكذا بالرضاع و
قال النبي عليه السلام لعائشة رضي الله عنها ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاعة ولانه
سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل
باخت اخيه من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ من الاب
اذا كانت له اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد
لم يجز لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لان امهما واحدة فهما اخ واخت ولا
يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعت لانه اخوها ولا ولد ولدها لانه ولد اخيها و
لا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع واذا اختلط اللبن
بالماء واللبن هو الغالب يتعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح
هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير موجود حكما حتى لا يظهر في
مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا

عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم قال
رضي الله عنه قولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا
لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رح ان الطعام
اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر اللبن من الطعام
عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل فان خلط بالدواء واللبن غالب
يتعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول واذا اختلط
اللبن بلبن الشاة وهو الغالب يتعلق به التحريم وان غلب لبن الشاة لم يتعلق به التحريم
اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امراتين يتعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف رح
لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد رح وزفر
يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود
وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان واصل المسالة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت
صبيا يتعلق به التحريم لاطلاق النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب
لبن امراة بعد موتها فاوجر الصبي يتعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في
ثبوت الحرمة انما هو المراة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا لها ولهذا لا
يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى
الانشاز والانبات وهو قائم باللبن وهذه الحرمة تظهر في حق الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في
الوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن
لم يتعلق به التحريم وعند محمد رح تثبت به التحريم كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان المفسد
في الصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع فمعنى النشوء ولا يوجد
ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن فارضع
صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء والنمو وهذا لان اللبن
انما يتصور ممن يتصور منه الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم
لانه لا جزئية بين الآدمي والبهائم والحرمة باعتبارها واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة
فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين البنت والام رضاعا
وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من
قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع
وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها ويرجع به

الزوج

الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت بان الصغيرة
امرأته وعن محمد انه يرجع في الوجهين والصحيح ظاهر الرواية لانها وان اكدت ما كان
على شرف السقوط وهو نصف المهر وذلك يجري مجرى الاتلاف لكنها مسببة فيه اما لان
الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا وانما يثبت ذلك باتفاق الحال او لان افساد النكاح
ليس بسبب لالزام المهر بل هو سبب لسقوطه الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف
لكن من شرطه ابطال النكاح واذا كانت مسببة يشترط فيه التعدي كحفر البئر ثم انما تكون
متعدية اذا علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع الفساد اما اذا لم تعلم بالنكاح او علمت
بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون الفساد لا تكون متعدية
لانها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون متعدية ايضا وهذا منا
اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات
وانما يثبت بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا
كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة حق من حقوق الشرع فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فاخبره
واحد انه ذبيحة المجوسي ولنا ان ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وابطال
الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين بخلاف اللحم لان حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر امرا
دينيا والله اعلم

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي فالاحسن ان يطلق الرجل امرأته تطليقة
واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لان الصحابة رضوان الله عليهم
كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على الواحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل
عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا
بالمرأة ولا خلاف لاحد في الكراهة والحسن هو طلاق السنة وهو ان يطلق المدخول
بها ثلثا في ثلثة اطهار وقال مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة لان الاصل في الطلاق
هو الحظر والاباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة ولنا قوله عليه السلام في حديث
ابن عمر ان من السنة ان تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة ولان
الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي
عن الجماع فالحاجة كالمتكررة نظرا الى دليلها ثم قيل الاولى ان يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن
تطويل العدة والاظهر ان يطلقها كما طهرت لانه لو اخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق
فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا

في طهر واحد فاذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي
كل الطلاق مباح لانه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر بخلاف
الطلاق في حالة الحيض لان المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا ان الاصل في الطلاق
هو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والاباحة
للحاجة الى الخلاص ولا حاجة الى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الاطهار ثابتة نظرا الى
دليلها والحاجة في نفسها باقية فامكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث
انه ازالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا ايقاع الثنتين في
الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه
اخطأ السنة لانه لا حاجة الى اثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات انه لا يكره
للحاجة الى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد
فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت
تثبت في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لان المراعى دليل الحاجة
وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع اما زمان الحيض
زمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها في حالة الطهر والحيض
خلافا لزفر هو يقيسها على المدخول بها ولنا ان الرغبة في غير المدخول بها صادقة
لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها تتجدد بالطهر واذا كانت
لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر
طلقها اخرى لان الشهر في حقها قائم مقام الحيض قال الله تعالى واللائي يئسن من
المحيض من نسائكم الى ان قال واللائي لم يحضن والاقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر
الاستبراء في حقها بالشهر وهو بالحيض لا بالطهر ثم ان كان الطلاق في اول الشهر تعتبر الشهور
بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند ابي
حنيفة وعندهما يكمل الاول بالآخر والمتوسطان بالاهلة وهي مسألة الاجارات
قال ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر يفصل
بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولان بالجماع تفتر الرغبة وانما تتجدد بزمان ولنا انه
لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض باعتباره لان عند ذلك يشتبه وجه العدة
والرغبة وان كانت تفتر من الوجه الذي ذكر تكثر من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق
فرارا عن مؤن الولد فكان الزمان زمان رغبة وصار كزمان الحبل وطلاق الحامل يجوز

عقيب الجماع لانه لا يؤدي الى اشتباه وجه العدة وزمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لكونه غير
معلق او يرغب فيها لمكان ولده منها ولا يقل الرغبة بالحرمة ويطلقها للسنة ثلثا يفصل
بين كل تطليقتين بشهر عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح لا يطلقها
للسنة الا واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع بالتفريق على فصول العدة
والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها ولهما ان الاباحة بعلة الحاجة والشهر
دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لانه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح
علما ودليلا بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان ولا يرجى
مع الحبل واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق عليها لان النهي عنه لمعنى في غيره
وهو ما ذكرناه فلا ينعدم مشروعيته ويستحب له ان يراجعها لقوله عليه السلام لعمر مر ابنك
فليراجعها وقد طلقها في حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض
المشايخ والاصح انه واجب عملا بحقيقة الامر ورفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع اثره وهو العدة
ودفعا لضرر تطويل العدة قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شاء طلقها وان
شاء امسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الاصل وذكر الطحاوي انه يطلقها في الطهر الذي يلي
الحيضة وقال الكرخي ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة رح وما ذكر في الاصل قولهما ووجه المذكور
في الاصل ان السنة ان يفصل بين كل طلاقين بحيضة والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية
ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الآخر ان اثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كانه لم يطلقها في
الحيض وقد دخل بها انت طالق ثلثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لان اللام
فيه للوقت ووقت السنة طهر لا جماع فيه وان نوى ان يقع الثلث الساعة او عند راس
كل شهر واحدة فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض او في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية
الجمع لانه بدعة وهي ضد السنة ولنا انه محتمل لفظه لانه سني وقوعا من حيث ان وقوعه بالسنة
لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظمه عند نيته وان كانت آيسة او من ذوات
الاشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر اخرى لان الشهر في حقها دليل الحاجة كالطهر
في حق ذوات الاقراء على ما بيناه وان نوى ان يقع الثلث الساعة وقعن عندنا خلافا لزفر لما قلنا
واذا قال انت طالق للسنة ولم ينص على الثلث حيث لا يصح نية الجمع فيه لان نية الثلث
انما صحت من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه
فاذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح نية الجمع فصل ويقع طلاق كل زوج اذا
كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز الا

الا طلاق الصبي والمجنون ولان الاهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار
وطلاق المكره واقع خلافا للشافعي رح هو يقول ان الاكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر
الشرع بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم بالطلاق ولنا انه قصد ايقاع الطلاق في منكوحته
في حال اهليته فلا يعرى عن قضيته وهذا لانه عرف الشرين واختار اهونهما وهذا آية القصد
والاختيار الا انه غير راض بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار
الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي لان صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل
فصار كزواله بالبنج والدواء ولنا انه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له حتى لو
شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول انه لا يقع طلاقه وطلاق الاخرس واقع بالاشارة لانها صارت
معهودة فاقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك وجوهه في آخر الكتاب ان شاء الله تعالى
وطلاق الامة ثنتان حرا كان زوجها او عبدا وطلاق الحرة ثلث حرا كان زوجها او عبدا
وقال الشافعي رح عدد الطلاق معتبر بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء
ولان صفة المالكية كرامة والادمية مستدعية لها ومعنى الادمية في الحر اكمل فكانت مالكيته اكثر
واربع ولنا قوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ولان حل المحلية نعمة في حقها
وللرق اثر في تنصيف النعم الا ان العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتان وتأويل ما روي
ان الايقاع بالرجال واذا تزوج العبد امرأة حرة باذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه على امرأته
لان ملك النكاح حق العبد فيكون الاسقاط اليه دون المولى باب ايقاع الطلاق
قال الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا
يقع به الطلاق الرجعي لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا
وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية لانه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا اذا نوى
الابانة لانه قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم
يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله ولو نوى به الطلاق
عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة
بالعمل وعن ابي حنيفة رح انه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يستعمل للتخليص ولو قال انت
مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا
قال ولا يقع بها الا واحدة وان نوى اكثر من ذلك وقال الشافعي رح يقع ما نوى لانه
محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قران العدد به
فيكون نصبا على التفسير ولنا انه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلث طوالق

فلا حاجة إلى العدد ولأنه قصده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد
الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا
وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا فإن لم تكن له
نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهي واحدة رجعية وإن نوى ثلاثا فثلاث ووقوع الطلاق باللفظة
الأولى والثانية ظاهر لأنه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه
يزيده وكادة أولى وأما الوقوع باللفظة الثالثة فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل
أي عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع الطلاق أيضا ولا
يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعيا لما بينا أن صريح الطلاق لقلة الاستعمال فيه وتصح نية الثلاث
لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل
ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر هو يقول إن الثنتين بعض الثلاث فلما صحت نية الثلاث
صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية الثلاث إنما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت
المرأة أمة تصح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية أما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد
وهذا لأن معنى التوحد مراعى في ألفاظ الوحدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل
عنهما ولو قال أنت طالق الطلاق وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق
أخرى يصدق لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فيقع رجعيتان
إذا كانت مدخولا بها وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق لأنه
أضيف إلى محله وذلك مثل أن يقول أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة أو يقول رقبتك
طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك لأنه
يعبر بها عن جميع البدن أما الجسد والبدن فظاهر وكذلك غيرهما قال الله تعالى فتحرير رقبة
وقال تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين وقال عليه السلام لعن الله الفروج على السروج ويقال فلان
رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه
هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك إن طلق جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك طالق
لأن الجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق إلا أنه لا يتجزى في حق
الطلاق فيثبت في الكل ضرورة ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق
وقال زفر والشافعي يقع وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما أنه
جزء مستمتع بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت
الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسري إلى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح

النكاح لأن التعدي ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر
على العكس ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها وهذا لأن
محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح
إليها بخلاف الجزء الشائع لأنه محل النكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا
في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن وإن طلقها نصف تطليقة
أو ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة لأن الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل
وكذا الجواب في كل جزء سماه لما بينا ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين
فهي طالق ثلاثا لأن نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث
تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها
طلقة ونصف فيتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلاثا
ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين فهي واحدة ولو قال من
واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند أبي حنيفة وقالا في الأولى
هي ثنتان وفي الثانية ثلاث وقال زفر في الأولى لا يقع شيء وفي الثانية تقع
واحدة وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من
هذا الحائط إلى هذا الحائط ووجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف
يراد به الكل كما تقول لغيره خذ من مالي من درهم إلى مائة ولأبي حنيفة أن المراد به
الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سني من ستين إلى سبعين وما بين ستين
إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وإرادة الكل فيما طريقه طريق الإباحة كما ذكرا والأصل في
الطلاق هو الحظر ثم الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة ليترتب عليها الثانية ووجودها
بوقوعها بخلاف البيع لأن الغاية فيه موجودة قبل البيع ولو نوى واحدة تدين ديانة لا قضاء
لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب
أو لم تكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد
ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير أجزاء التطليقة لا يوجب تعددها
فإن نوى واحدة وثنتين فهي ثلاث لأنه يحتمله فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف
ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة كما في قوله واحدة وثنتين وإن نوى واحدة مع
ثنتين يقع الثلاث لأن كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي أي مع عبادي
وإن نوى الظرف يقع واحدة لأن الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين

في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي اثنتان وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن يكون
أربعاً لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث وعندنا الاعتبار للمذكور الأول بخلاف ما بينا. ولو قال
أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر هي بائنة لأنه وصف الطلاق
بالطول قلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها. ولو قال أنت طالق بمكة
أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا لو قال أنت طالق في الدار لأن الطلاق لا يتخصص
بمكان دون مكان وإن عنى به إذا أتيت مكة يصدق ديانة لا قضاء لأنه نوى الإضمار وهو خلاف
الظاهر. ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لأنه علقه بالدخول. ولو قال
في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية.
فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان. ولو قال أنت طالق غداً وقع عليها الطلاق بطلوع
الفجر لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه ولو نوى به آخر النهار
صدق ديانة لا قضاء لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفاً للظاهر. ولو قال أنت طالق
اليوم غداً أو غداً اليوم فإنه يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الأول في اليوم وفي
الثاني في الغد لأنه لما قال اليوم كان تنجيزاً والمنجز لا يحتمل الإضافة وإذا قال غداً كان إضافة
والمضاف لا يتنجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين. ولو قال أنت
طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة رح وقالا لا يدين في القضاء
خاصة لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار بمنزلة قوله غداً على ما بينا ولهذا يقع في
أول جزء منه عند عدم النية وهذا لأن حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين. ولأبي
حنيفة رح أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء
الأول ضرورة عدم المزاحم فإذا عين آخر النهار كان التعيين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري
بخلاف قوله غداً لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافاً إلى جميع الغد نظيره إذا
قال والله لأصومن عمري ونظير الثاني والله لأصومن في عمري وعلى هذا الدهر وفي الدهر. ولو
قال أنت طالق ... وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية امس
لمالكية الطلاق فيلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ولأنه يمكن تصحيحه إخباراً عن عدم
النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج. ولو تزوجها أول من أمس وقع
الطلاق الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخباراً أيضاً فكان إنشاء و
الإنشاء في الماضي إنشاء في الحال فيقع الساعة. ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع
شيء لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقتك وأنا صبي أو نائم أو مجنون

إخباراً على ما ذكرناه. ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت لأنه
أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لأن كلمة متى ومتى ما
صريح في الوقت لأنهما من ظروف الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حياً أي وقت الحياة
ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن
الحياة وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح. ولو قال أنت طالق
إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة رح وقالا تطلق حين سكت
لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى إذا الشمس كورت وقال قائلهم وإذا تكون كريهة أدعى لها وإذا
يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت
لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولأبي حنيفة رح أنه يستعمل في الشرط
أيضاً قال قائلهم واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل فإن أريد
به الشرط لم تطلق في الحال وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال بخلاف
مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج والأمر
صار في يدها فلا يخرج بالشك وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية أما إذا نوى الوقت يقع في الحال
ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما. ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق
فهي طالق بهذه التطليقة معناه قال ذلك موصولاً به والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن
كانت مدخولاً بها وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت
طالق قبل أن يفرغ منه وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله لأن البر
هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وأصله من حلف أنه لا يسكن
هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته وأخواته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى
ومن قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلاً طلقت لأن اليوم يذكر ويراد
به بياض النهار فيحمل عليه إذا قرن بفعل ممتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار وهذا
أليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والمراد به مطلق
الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار
ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول
إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهو اللغة. فصل ومن قال لامرأته أنا منك طالق
فليس بشيء وإن نوى طلاقاً ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوي الطلاق فهي
طالق قال الشافعي رح يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى لأن ملك النكاح مشترك

بين الزوجين حتى يملك المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لازالتهما فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم ولنا ان الطلاق لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا تصح اضافة الطلاق الا اليها وان قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال العبد الضعيف هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسألتين ولو كان المذكور هنا قول الكل فعن محمد روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة او بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هناك حتى حل وطؤها له ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة لا المعتق بالتطليق لان التعليق معلقا بالاعتاق والاعتاق يوجد بعده لان الجزاء يوجد بعد التعليق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة

غليظة بالثنتين فيملك الرجعة وكلمة مع وان كانت للقران فقد تذكر للتأخر كقوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا فيحمل عليه لدليل ذكرناه من معنى الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسألة الاولى ولهذا تقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق التطليق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان يحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسألة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قررناه وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه لما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيقترنان

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كان تقع الاشارة بالمنشورة تلوح الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاصابع ثنتان ديانة ويقع ثنتان واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا يقع واحدة لانه لم يقترن بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الزيادة والشدة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائن او البتة وقال الشافعي يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما اذا قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسألة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى ثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر قبله ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائن او البتة اخرى تقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذلك لو قال افحش الطلاق لانه انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن وكذا اذا قال اخبث

الطلاق أو أسوأه لما ذكرنا وكذا إذا قال طلاق الشيطان أو طلاق البدعة لأن الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة أنه لا يكون بائنا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك وكذا إذا قال كالجبل لأن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذلك بإثبات زيادة الوصف وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال أبو يوسف يكون رجعيا لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحده ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة بائنة إلا أن ينوي الثلث أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض أما الرجعي فيحتمله وإنما تصح نية الثلث لذكره المصدر وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى يقال هو كألف رجل ويراد به القوة فتصح نية الأمرين وعند فقدها يثبت أقلهما وعن محمد أنه يقع الثلث عند عدم النية لأنه عدد فيراد بالتشبيه به العدد ظاهرا فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملأه لكثرته فأي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية يثبت الأقل ثم الأصل عند أبي حنيفة رح أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا أي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر لما مر أن التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند أبي يوسف رح إن ذكر العظم يكون بائنا وإلا فلا أي شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون في التوحيد على التجريد أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة وعند زفر رح إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا وإلا فهو رجعي وقيل محمد مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف رح وبيانه في قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهي واحدة بائنة لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن

باب في الطلاق قبل الدخول وإذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة فإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لأن كل واحد إيقاع على حدة إذا لم يكن في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة وكذا إذا قال

أنت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا أنها بانت بالأولى ولو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد فإذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الإيقاع فبطل وكذا إذا قال أنت طالق ثنتين أو ثلثا لما بينا وهذه فائدة تحفظ من حيث الجواب ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرا كقولك جاءني زيد قبله عمرو وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور أولا كقولك جاءني زيد قبل عمرو وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضا فيقترنان فيقعان وكذلك إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لأن البعدية صفة للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقترنان ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان لأن كلمة مع للقران وعن أبي يوسف رح في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة لأن الكناية تقتضي سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت الدار وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة رح وقالا يقع ثنتان ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فيتعلقن جملة كما إذا نص على الثلث أو أخر الشرط وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى اعتبار الأول يقع ثنتان وعلى اعتبار الثاني لا يقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام فيتوقف الأول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال لأنها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة أما الأولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضي طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة

القبلية

فيقعن

وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنها تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها وأما الثالثة فلأنها تحتمل أن يكون نعتاً لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو أن يكون واحدة عنده أو عند قومه ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره يحتاج فيه إلى النية ولا يقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمر ولو كان مظهراً لا يقع بها إلا واحدة فإذا كان مضمراً أولى وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكوراً لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ وهو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب.

قال وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة وإن نوى ثلاثاً كان ثلاثاً وإن نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختاري وأنت حرة وتقنعي وتخمري واستتري واغربي واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الأزواج لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية.

قال إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه قال رضي الله عنه سوى بين هذه الألفاظ وقال ولا يصلح ردا والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا لا ردا وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة ففي حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية والقول قوله في إنكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بتة حرام أمرك بيدك اختاري اعتدي لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اخرجي اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق وعن أبي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي لأن الواقع بها طلاق لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية ولا خفاء في الأهلية والمحلية والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة

بالمراجعة

بالمراجعة من غير قصد وليست بكنايات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها والشرط تعيين أحد نوعي البينونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وإنما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البينونة إلى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الأدنى ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد محض وقد بيناه من قبل وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه ولأنه يأمر امرأته بالاعتداد في العادة بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وإن قال لم أنو بالباقي شيئا فهي ثلاث لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين

باب تفويض الطلاق

فصل في الاختيار

وإذا قال الرجل لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل آخر إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض بخلاف الصرف والسلم لأن المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره فإن اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة بائنة والقياس أن لا يقع شيء بهذا وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسناه لإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في هذا الحكم ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلاثا وإن نوى الزوج ذلك لأن الاختيار لا يتنوع بخلاف الإبانة لأن البينونة قد تتنوع ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لأنه عرف بالإجماع

في الفترة من احد الجانبين وان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم والتعيين مع الابهام ولو قال
اختاري نفسك فقالت اخترت نفسي واحدة بانت واحدة لان كلامه يصلح جوابا للتفويض
اعادة وكذا لو قال اختاري اختيارة فقالت قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن
الاتحاد وانا نفرد واختيارها نفسها هو الذي يتجدد ويتعدد لا في نفسه مفتقرا من جانب
ولو قال لها اختاري فقالت قد اخترت نفسي يقع الطلاق او الزوج لان كلامها مفسرة
ان الزوج من محتملات كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس
ان لا يطلق لان هذا مجرد وعد او يحتمل فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي
ووجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام
جوابا منها ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء
الشهادة بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة وهو
اختيارها نفسها ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت قد اخترت الاولى او الوسطى
او الاخيرة طلقت ثلاثا في قول ابي حنيفة ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا طلقت واحدة وانما لا
يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر ولهما ان ذكر الاولى
وما يجري مجراه ان كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيد
وله ان هذا وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد
من ضرورته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق التبع ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث
في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما لو صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد يقع الثلاث
فمع التأكيد اولى ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة يملك الرجعة
لان هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة وان
قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة
لانه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة بالنص فصل في الامر باليد واذا قال لها
امرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث لان الاختيار يصلح جوابا
للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة للاختيارة فصار كأنها قالت اخترت نفسي مرة
واحدة وبذلك يقع الثلاث ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة او اخترت نفسي بتطليقة
فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاول الاختيارة وفي الثاني
التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ملكها امرها وكلامها خرج جوابا له فتصير
الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع وانما يصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك لانه

لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد
حققناه من قبل ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت
الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من
جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فيرتد احدهما
برده لا الآخر وقال زفر هما امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق
لا يحتمل التأقيت والامر باليد يحتمله فيتوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مبتدأ ولو قال امرك
بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في غد
لان هذا امر واحد لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد
يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما اذا قال امرك بيدك في يومين وعن ابي
حنيفة انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا
تملك رد الايقاع ووجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في غد فكذا
اذا اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف
انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لانه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم وان قال
امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها لان
الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم
ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ
في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان المالك من يتصرف برأي نفسه وهي بهذه
الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك
وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف
على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض لا
يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتبدل وتارة بالاخذ في عمل آخر على ما
بيناه في الخلع ويخرج الامر من يدها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي
بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى
ان يوجد ما يقطعه او يدل على الاعراض وقوله مكثت يوما ليس للتقدير وقوله ما لم تأخذ
في عمل آخر المراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فجلست
فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت
او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية

اليوم وامرك بيدك غدا

فرعيت قال المصنف رحمه الله هذا رواية الجامع الصغير وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة
فاتكأت لا خيار لها لأن الاتكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضا والأول هو الأصح و
لو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله ولو قالت ادع أبي
أو شهودا أشهدهم فهي على خيارها لأن الاستشارة لتحري الصواب والإشهاد للتحرز عن
الجحود والإنكار فلا يكون دليل الإعراض وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على
خيارها وإن سارت بطل خيارها لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها والسفينة بمنزلة
البيت لأن سيرها غير مضاف إلى راكبها ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر
فصل في المشيئة ومن قال لامرأته طلقي نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت
نفسي فهي واحدة رجعية وإن طلقت نفسها ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا
لأن قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال الكل
كسائر أسماء الأجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلاث وينصرف إلى الواحدة عند عدمها وكانت
الواحدة رجعية لأن المفوض إليها صريح الطلاق ولو نوى ثنتين لا يصح لأنه نية العدد إلا
إذا كانت المنكوحة أمة لأنه جنس في حقها وإن قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي
طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو
قال أبنتك ينوي الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكانت
موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفا وهو تعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد
فيثبت الأصل كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة ينبغي أن يقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار
لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوي الطلاق
لم يقع شيء ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقا
بالإجماع إذا حصل جوابا للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بقولها
أبنت نفسي شيء لأنها أتت بغير ما فوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق وإن قال لها طلقي نفسك
فليس له أن يرجع عنه لأن فيه معنى
اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك
بخلاف ما إذا قال لها طلقي ضرتك لأنه توكيل وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع وإن
قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده لأن كلمة متى عامة
في الأوقات فصار كما إذا قال في أي وقت شئت وإذا قال لرجل طلق امرأتي فله أن يطلقها في
المجلس وبعده وله أن يرجع عنه لأنه توكيل واستعانة فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس بخلاف

قوله لامرأته طلقي نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا ولو قال لرجل طلقها إن شئت
فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع عنه وقال زفر رحمه الله هذا والأول سواء
لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن
شئت ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذي يتصرف عن مشيئته والطلاق
يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها
ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا
طلقها الزوج ألفا ولأبي حنيفة رحمه الله أنها أتت بغير ما فوض إليها فكانت مبتدئة وهذا لأن الزوج
ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا
تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة بخلاف الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك وكذا هي
في المسألة الأولى لأنها ملكت الثلاث أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوض إليها فلغا
وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر
به الزوج فمعنى الأول أن يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت
نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف و
يبقى الأصل ومعنى الثاني أن يقول طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية
فتقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية لغو منها لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد
ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الأصل فيقع بالصفة
التي عينها الزوج بائنا وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء
لأن معناه إن شئت الثلاث وهي بإيقاع الواحدة ما شاءت الثلاث فلم يوجد الشرط ولو قال
لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت نفسها ثلاثا فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله لأن مشيئة
الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها وقالا يقع واحدة لأن مشيئة الثلاث
مشيئة للواحدة كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط ولو قال لها أنت طالق إن
شئت فقالت شئت إن شئت فقال شئت ينوي الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة
وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعنيها فخرج الأمر من يدها ولا يقع الطلاق
بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا
طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ
المشيئة تنبئ عن الوجود بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن الوجود
وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي أو شئت إن كان كذا لأمر لم يجئ بعد لما ذكرنا أن المأتي به

بمشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الامر وان قالت قد شئت ان كان كذا لامر قد مضى طلقت لان
التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت
او متى ما شئت فردت الامر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس اما كلمة متى ومتى ما فلانهما
للوقت وهي عامة في الاوقات كلها كانه قال في اي وقت شئت فلا يقتصر على المجلس ولو ردت
الامر لم يكن ردا لانه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد
ولا تطلق نفسها الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال فتملك التطليق في كل زمان
ولا تملك تطليقا بعد تطليق واما كلمة اذا واذا ما فهي ومتى سواء عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله
ان كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من
قبل ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق
نفسها ثلاثا لان كلمة كلما توجب تكرار الافعال الا ان التعليق ينصرف الى الملك القائم
حتى لو عادت اليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لانه ملك مستحدث وليس لها
ان تطلق نفسها ثلاثا في كلمة واحدة لانها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك
الايقاع جملة وجمعا ولو قال لها انت طالق حيث شئت او اين شئت لم تطلق حتى تشاء و
ان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لان كلمة حيث واين من اسماء المكان والطلاق لا تعلق له
بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع
في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا وان قال لها انت طالق كيف
شئت طلقت تطليقة تملك الرجعة ومعناه قبل المشيئة فان قالت قد شئت واحدة
بائنة او ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال لان عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها
وبين ارادته اما اذا ارادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة او على القلب تقع واحدة رجعية
لانه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي ايقاع الزوج وان لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا
جريا على موجب التخيير قال المصنف قال في الاصل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يقع
ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية او بائنة او ثلاثا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما انه فوض
التطليق اليها على اي صفة شاءت فلا بد من تعليق اصل الطلاق بمشيئتها ليكون لها المشيئة
في جميع الاحوال اعني قبل الدخول وبعده ولابي حنيفة رحمه الله ان كلمة كيف للاستيصاف يقال
كيف اصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود اصله ووجود الطلاق بوقوعه وان قال
لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت لانهما تستعملان للعدد فقد
فوض اليها اي عدد شاءت فان قامت من المجلس بطل وان ردت الامر كان ردا لان هذا

لان هذا امر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال وان قال لها طلقي
نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة او ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت لان كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز
فيحمل على تمييز الجنس كما اذا قال كل من طعامي ما شئت او طلق من نسائي من شاءت ولابي
حنيفة رحمه الله ان كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما وفيما استشهدا به ترك التبعيض
لدلالة اظهار السماحة او لعموم الصفة وهو المشيئة حتى لو قال من شئت كان على الخلاف

باب الايمان في الطلاق

واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامرأة ان
تزوجتك فانت طالق او كل امرأة اتزوجها فهي طالق وقال الشافعي لا يقع الطلاق لقوله
عليه السلام لا طلاق قبل النكاح ولنا ان هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته
قيام الملك في الحال لان الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك اثره المنع
وهو قائم بالمتصرف والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل ماثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما
رضي الله عنهم واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامرأته ان دخلت الدار فانت
طالق وهذا بالاتفاق لان الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط فيصح يمينا
او ايقاعا ولا تصح اضافة الطلاق الا ان يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملك لان الجزاء لا بد
ان يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور باحد هذين والاضافة
الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه لانه ظاهر عند سببه فان قال لاجنبية ان دخلت الدار
فانت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لان الحالف ليس بمالك ولا اضاف الى الملك
او سببه ولا بد من واحد منهما والفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لان
الشرط مشتق من العلامة وهذه الالفاظ مما تليها افعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة
ان حرف للشرط لانه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لان
ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزاء والاجزية تتعلق بالافعال الا انه الحق بالشرط
لتعلق الفعل بالاسم الذي يليها مثل ان يقول كل عبد اشتريته فهو حر قال ففي هذه
الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت اليمين وانتهت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار
لغة فبوجود الفعل مرة تم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه الا في كلمة كلما فانها تقتضي تعميم الافعال
قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم الاية ومن ضرورة التعميم التكرار قال فان تزوجها بعد
ذلك اي بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لان باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكة

في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر وسنقرره من
بعد ان شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بان قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق
يحنث بكل مرة وان كان بعد زوج آخر لان انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق
بالتزوج وذلك غير محصور قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لانه لم يوجد الشرط
فيبقى والجزاء باق لبقاء محله فيبقى اليمين ثم ان وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين
ووقع الطلاق لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء
فينزل الجزاء ولا تبقى اليمين لما قلنا وان وجد في غير الملك انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع
شيء لانعدام المحلية وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة
لانه متمسك بالاصل وهو عدم الشرط ولانه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة
تدعيه فان كان الشرط لا يعلم الا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل ان يقول
ان حضت فانت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة ووقوع
الطلاق استحسان والقياس ان لا يقع لانه شرط فلا تصدق كما في الدخول وجه الاستحسان انها
امينة في حق نفسها اذ لا يعلم ذلك الا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان
لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها وكذلك لو قال ان كنت تحبين
ان يعذبك الله بنار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت احب ذلك طلقت هي ولم
يعتق العبد ولا تطلق صاحبتها لما بينا ولا يتيقن بكذبها لانها لشدة بغضها اياه قد تحب
التخليص منه بالكذب وفي حقها ان تعلق الحكم باخبارها وان كانت كاذبة ففي حق غيرها
بقي الحكم على الاصل وهو المحبة واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق
حتى يستمر الدم ثلاثة ايام لان ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فاذا تمت ثلاثة ايام حكمنا
بالطلاق من حين حاضت لانه بالامتداد عرف انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء ولو قال
لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها لان الحيضة بالهاء هي الكامل
منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر واذا قال انت طالق
اذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم لان اليوم اذا قرن بفعل ممتد
يراد به بياض النهار بخلاف ما اذا قال اذا صمت لانه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه
وشرطه ومن قال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق واحدة واذا ولدت
جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اول لزمه في القضاء تطليقة
وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة لانها لو ولدت الغلام اولا وقعت واحدة و

وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا يقع اخرى به لانه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية اولا
وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر بما ذكرنا انه حال
انقضاء العدة فاذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك
والاولى ان يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة منقضية بيقين وان قال لها ان كلمت ابا
عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت ابا عمرو
ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه
على وجوه اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع او في غير الملك فلا يقع ايضا لان الجزاء لا ينزل
في غير الملك او وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب وهي خلافية له
اعتبار الاول بالثاني اذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا ان صحة الكلام باهلية المتكلم الا ان الملك
يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فيصح اليمين وعند تمام الشرط
لينزل الجزاء لانه لا ينزل الا في الملك وفيما بين ذلك حال بقاء اليمين فيستغني عن
قيام الملك اذ بقاؤه بمحله والذمة وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها
ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هي طالق ما بقي من الطلاق وهو قول زفر
واصله ان الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود اليه بالثلاث وعند محمد وزفر
لا يهدم فتعود اليه بما بقي وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى وان قال لها ان دخلت الدار
فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر يقع الثلاث لان الجزاء ثلاث مطلق لاطلاق
اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا ان الجزاء طلقات هذا الملك لانها
هي المانعة لان الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع او الحمل واذا كان الجزاء ما ذكرناه
وقد فات بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما اذا ابانها لان الجزاء باق
لبقاء محله ولو قال لامرأته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا وان
لبث ساعة لم يجب عليه المهر وان اخرج ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال
لامته اذا جامعتك فانت حرة وعن ابي يوسف انه اوجب المهر في الفصل الاول ايضا
لوجود الجماع بالدوام عليه الا انه لا يجب الحد عليه للاتحاد وجه الظاهر ان الجماع ادخال الفرج
في الفرج ولا دوام للادخال بخلاف ما اذا اخرج ثم اولج لانه وجد الادخال بعد الطلاق
الا ان الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر الى المجلس والمقصود واذا لم يجب الحد وجب

بعض ذا وطئ يخلو عن العقد ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف
خلافا لمحمد لوجود المس ولو نزع ثم أولج صار مراجعا بالإجماع لوجود الجماع فصل في الاستثناء

وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف
بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا فلا حنث عليه ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا
من هذا الوجه وأنه إعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم هنا فيكون إعداما
من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت يثبت حكم الكلام
الأول فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعا عن الأول قال وكذا إذا ماتت قبل
قوله إن شاء الله لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجابا والموت ينافي الموجب
دون المبطل بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يتصل به الاستثناء وإن قال أنت طالق ثلاثا
إلا واحدة طلقت ثنتين وإن قال ثلاثا إلا ثنتين طلقت واحدة والأصل أن الاستثناء تكلم
بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه إذ لا فرق بين قول القائل لفلان
علي درهم وبين قوله علي عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم
بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصرفا للفظ إليه وإنما
يصح إذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل وإذا ثبت هذا ففي الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقعان
وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال إلا ثلاثا يقع الثلاث لأنه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب طلاق المريض

وإذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وإن مات بعد انقضاء
عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض
وهي السبب ولهذا لا يرثها إذا ماتت ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج
قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن
لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء
لأنه لا إمكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فيبطل في حقه خصوصا إذا رضي
به وإن طلقها ثلاثا بأمرها أو قال لها اختاري فاختارت نفسها أو اختلعت منه ثم مات وهي
في العدة لم ترثه لأنها رضيت بإبطال حقها والتأخير لحقها وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا
ورثته لأن الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وإن قال لها
في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم أقر لها بدين أو أوصى
لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا إلا على قول زفر فإن لها جميع

عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز إقراره ووصيته وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث

ما أوصى وما أقر لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية وجه
قولهما في المسألة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه
فانعدمت التهمة ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف المسألة
الثانية لأن العدة باقية وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح
والقرابة ولا عدة في المسألة الأولى ولأبي حنيفة في المسألتين أن التهمة قائمة لأن المرأة
قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان
على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة
فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة
فلا تهمة في حق هذه الأحكام قال ومن كان محصورا أو في صف القتال فطلق امرأته
ثلاثا لم ترثه وإن كان قد بارز رجلا أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات
في ذلك الوجه أو قتل وأصله ما بيناه أن امرأة الفار ترث استحسانا وإنما يثبت حكم
الفرار بتعلق حقها بماله وإنما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون
بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الأصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما
يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة
لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز أو قدم ليقتل الغالب منه
الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قتل
دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا
قتل وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان
الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث
وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار وهذا على وجوه
إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على
وجهين إما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض أما الوجهان
الأولان وهو ما إذا كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق
أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر فإن كان التعليق
والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق
في حال تعلق حقها بماله وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث خلافا
لزفر هو يقول إن المعلق بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فكان إيقاعا في المرض ولنا أن

وإنما يتعلق

ان التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد
واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط
في المرض او كانا في المرض والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما
بالتعليق او بمباشرة الشرط في المرض وان لم يكن له من فعل الشرط بد فله من التعليق الف
بد فيرد تصرفه دفعا للضرر عنها واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعلها فان كان التعليق
والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لانها راضية بذلك وان
كان الفعل لا بد لها منه كاكل الطعام وصلوة الظهر وكلام الابوين فلها الميراث لانها
مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا او في العقبى ولا
رضاء مع الاضطرار واما اذا كان التعليق في الصحة ان كان الفعل مما لها منه بد فلا
اشكال انه لا ميراث لها وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد وهو قول
زفر لانه لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله وعند ابي حنيفة وابي يوسف
ترث لان الزوج الجأها الى المباشرة فينتقل الفعل اليه كانها آلة له كما في الاكراه قال
واذا طلقها ثلثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث لانه قصد الفرار
حين اوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض اذا تعقبه برء فهو بمنزلة
الصحة لانه ينعدم به مرض الموت فتبين انه لا حق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو
طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث
وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق انها بالردة ابطلت
اهلية الارث اذ المرتد لا يرث احدا ولا بقاء له بدون الاهلية وبالمطاوعة ما ابطلت
الاهلية لان المحرمية لا تنافي الارث وهو الباقي بخلاف ما اذا طاوعت في حال قيام
النكاح لانها اثبتت الفرقة فتكون راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلث لا تثبت
الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت
وقال محمد لا ترث وان كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعا وهذا ملحق
بالتعليق بفعل لا بد لها منه وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث
وان كان الايلاء ايضا في المرض ورثت لان الايلاء في معنى تعليق الطلاق بمضي اربعة
اشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد ذكرنا وجهه قال
والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث فيه في جميع الوجوه لما بينا انه لا يزيل النكاح
حتى يحل الوطي فكان السبب قائما قال وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات

اذا مات وهي في العدة وقد بيناه

باب الرجعة

واذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك
او لم ترض لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لان الرجعة
استدامة الملك الا ترى انه سمي امساكا وهو الابقاء وانما يتحقق ذلك الاستدامة
في العدة لانه لا ملك بعد انقضائها والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي
وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الائمة قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة
او ينظر الى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا تصح الرجعة الا بالقول مع القدرة
عليه لان الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها وعندنا هو استدامة على ما بينا وستقرره
ان شاء الله تعالى والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في اسقاط الخيار والدلالة فعل يختص
بالنكاح وهذه الافاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لانه
قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر الى غير الفرج قد يقع بين المساكنين
والزوج يسكن معها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال ويستحب
ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في احد قوليه
لا تصح الرجعة وهو قول مالك لقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للايجاب
ولنا اطلاق النصوص عن قيد الاشهاد ولانه استدامة للنكاح والشهادة ليست شرطا
فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الايلاء الا انها تستحب لزيادة الاحتياط كيلا يجري التناكر
فيها وما تلاه محمول عليه الا ترى انه قرنها بالمفارقة وهو فيها مستحب ويستحب ان يعلمها
كيلا تقع في المعصية واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي
رجعة وان كذبته فالقول قولها لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال فكان متهما
الا ان بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في
الاشياء الستة وقد مر في النكاح واذا قال الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد
انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رح وقالا تصح الرجعة لانها صادفت العدة
اذ هي باقية ظاهرا الى ان تخبر وقد سبقته الرجعة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت
مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولابي حنيفة رح انها صادفت حالة الانقضاء
لانها امينة في الاخبار عن الانقضاء فاذا اخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء
واقرب احواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف ولو كانت على الاتفاق
فالطلاق يقع باقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به واذا قال زوج الامة

بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح وهو يقول حكم الرجعة يبتني على العدة والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتني عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالقول قولها لأنها أمينة في ذلك إذ هي العالمة به وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل لأن الحيض لا مزيد له على العشرة فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمارة زائدة فاكتفي بالانقطاع وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله إذا تيممت انقطعت وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما أنه ملوث غير مطهر وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات والأحكام الثابتة أيضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة وإذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضوا فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو انقطعت قال المصنف وهذا استحسان والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر والقياس فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق أن ما دون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا إنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها التزوج أخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن أبي يوسف رحمه الله أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل وعنه وهو قول محمد رحمه الله هو بمنزلة ما دون العضو لأن في فرضيتهما اختلافا بخلاف غيرهما من الأعضاء

ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله عليه السلام الولد للفراش وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا وإذا ثبت الوطء تأكد الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع ألا يرى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت الرجعة أولى وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة فإن خلا بها وأغلق بابا وأرخى سترا وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصر مكذبا شرعا لأن تأكد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل الأول فإن راجعها معناه بعدما خلا بها وقال لم أجامعها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة لأنه يثبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء والمسلم لا يفعل الحرام فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أتت بولد آخر فهي رجعة معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الأول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق وصارت معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا أنه يجعل العلوق بوطء حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لأن اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالأقراء لأنها حامل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين لأنها حلال للزوج إذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعا ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول العدة عليها وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رحمه الله له ذلك لقيام النكاح ولهذا له أن يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن الآية ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الأقراء

العدة فإن ملك الزوج الآخر الآن يشهد على رجعتها قبل العدة ويتقرر ملك الزوج
وقوله يشهد على رجعتها معناه الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم
الوطء وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لأن الزوجية زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا أنها قائمة
حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت نظراً للزوج ليمكنه التدارك عند
اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب استبداده به وذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء
إذ الدليل ينافيه والقاطع أخّر عمله إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم

فصل فيما تحل به المطلقة

وإذا كان الطلاق بائناً دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها
لأن حل المحلية باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه
النسب ولا اشتباه في إطلاقه وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى
تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها والأصل فيه قوله تعالى فإن طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في حق الأمة كالثلاث
في حق الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقاً والزوجية
المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح
على الوطء حملاً للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم
الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا تحل للأول حتى تذوق عسيلة
الآخر روي بروايات ولا خلاف لأحد فيه سوى سعيد بن المسيب وقوله غير معتبر حتى
لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد
والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص ومالك
يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع
امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الأول ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلته ويشتهي
وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها والحاجة إلى الإيجاب في حقها
أما لا غسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلقاً ووطء المولى أمته لا يحلها لأن الغاية نكاح
الزوج وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه لقوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له
وهذا هو محمله فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح
لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى المؤقت فيه ولا يحلها
على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده كما في قتل المورث وإذا طلق
الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم عادت إلى الزوج

إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلاق كما يهدم الثلاث
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث لأنه غاية
للحرمة بالنص فيكون منهياً ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عليه السلام لعن الله المحلل والمحلل له سماه
محللاً وهو المثبت للحل وإذا طلقها ثلاثاً فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج
الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان في
غالب ظنه أنها صادقة لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير
مستنكر إذا كانت المدة تحتمله واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنبينه في باب العدة إن شاء الله

باب الإيلاء

إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى
للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه
ولزمته الكفارة لأن الكفارة موجب الحنث وسقط الإيلاء لأن اليمين ترتفع بالحنث وإن
لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رحمه الله تبين بتفريق القاضي لأنه مانع
حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب والعنة ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه
الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادلة الثلاثة و
زيد بن ثابت رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع
بتأجيله إلى انقضاء المدة فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين لأنها كانت
مؤقتة بها وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا
أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة فإن عاد فتزوجها
عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها
وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت التزوج فإن
تزوجها ثالثاً عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها لما بيناه فإن تزوجها
بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة
التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لإطلاقها وعدم الحنث فإن وطئها كفر عن يمينه
لوجود الحنث فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولياً لقول ابن عباس رضي الله عنهما لا
إيلاء فيما دون أربعة أشهر ولأن الامتناع عن قربانها أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم
الطلاق فيه ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو إيلاء لأنه
جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوماً ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد

الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثالث إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الأولى بعد أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع. ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتبارا بالإجارة فتمت مدة المنع ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه ويمكنه ههنا لأن المستثنى يوم منكر بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لا تصح مع التنكير ولا كذلك اليمين. ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا لسقوط الاستثناء. ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة. قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم فلا يمنع المانعية والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق صاحبتها وكل ذلك مانع. وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وإن آلى من البائنة لم يكن موليا لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية ومحل الإيلاء من تكون من نسائنا بالنص فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية. ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك وإن قربها كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه. ومدة إيلاء الأمة شهران لأن هذه مدة ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة. وإن كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجامع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل إليها في مدة الإيلاء ففيئه أن يقول بلسانه فئت إليها فإن قال ذلك سقط الإيلاء وقال الشافعي لا فيء إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حانثا ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاؤها بالوعد باللسان وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق. ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيئه بالجماع لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف. وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لأنه يمين ظاهرا وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات وإن قال أردت الظهار فهو

فهو ظهار وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد ليس بظهار لانعدام التشبيه بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد. وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله تعالى ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف.

باب الخلع

وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عليه السلام الخلع تطليقة بائنة ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة. وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضا لقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج إلى أن قال فلا تأخذوا منه شيئا ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشتها بأخذ المال. وإن كان النشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلونا بدءا ووجه الأخرى قوله عليه السلام في امرأة ثابت بن قيس بن شماس أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز حكما والإباحة وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقي معمولا في الباقي. وإن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد علقه بقبولها والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة. قال وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلمة على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول وافتراقهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف ما إذا خالع على خل بعينه فظهر أنه خمر لأنها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوم وما رضي

بزوال ملكها اما المستأجر في حالة الخروج غير متقوم على ما ذكرنا بخلاف النكاح لان البضع
حالة الدخول متقوم والفقه انه شرف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه فاما
اسقاطه فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال وما جاز ان يكون مهرا جاز
ان يكون بدلا في الخلع لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني
على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال بخلاف ما اذا
خالعها على ما في يدها من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا
لم يكن الزوج راضيا بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع
اعني مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه
ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها
ثلثة دراهم لانها سمت الجمع واقله ثلثة وكلمة من هنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل
بدونه فان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان
قدرت وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد المعاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة
عنه شرط فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وعلى هذا النكاح واذا قالت
طلقني ثلثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فطلقها
واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلث بالف فقد طلبت كل واحدة بثلث
الالف وهذا لان حرف الباء يصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن
لوجوب المال وان قالت طلقني ثلثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند ابي حنيفة
ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات
حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط قال الله تعالى
يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامرأته انت طالق على ان تدخلي الدار كان
شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط فالمشروط
لا يتوزع على اجزاء الشرط بخلاف الباء لانه للعوض على ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع
الطلاق ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف او على الف فطلقت
نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا لتسلم له الالف كلها بخلاف
قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال انت
طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من
القبول في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف

على شرط الف يكون لي عليك والعوض لا يجب بدون قبوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبل
وجوده والطلاق بائن لما قلنا ولو قال لامرأته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال
لعبده انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المرأة ولا شيء عليهما عند ابي
حنيفة وكذا اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبلا واذا لم يقبلا لا يقع
الطلاق والعتاق لهما ان هذا الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا
المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبلها
الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان الطلاق والعتاق ينفكان عن المال
بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان دونه ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار
او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمرأة
فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي
حنيفة وقالا الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار
للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه
من جانبه يمين ومن جانبها شرط ولابي حنيفة ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى
يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار اما في جانبه يمين حتى لا يصح
رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل
جانبها في الطلاق ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت
قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد بالف درهم امس
فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق بالمال يمين من
جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول فالاقرار به
اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه قال والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان
كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة وقال محمد لا يسقط
فيهما الا ما سمياه وابو يوسف مع محمد في الخلع ومع ابي حنيفة في المبارأة لمحمد
ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان المبارأة
مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض
اما الخلع فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة الى انقطاع الاحكام
ولابي حنيفة ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة
فيعمل باطلاقهما في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها

لانه لا نظر له فيه اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم عند الدخول
ولهذا يعتبر خلع المريضة من ثلثه ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال واذا لم يجز لا يسقط
المهر ولا يستحق مال ثم قيل يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية والاول اصح لانه تعليق بشرط
قبولها فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خالعها على الف على انه ضامن فالخلع واقع والالف
عليه لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت
ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت
وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها
ففيه روايتان وكذا ان خالعها على مهرها ولم يضمن الاب المهر توقف على قبولها فان قبلت
طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها ففيه روايتان وان ضمن الاب المهر وهو الف
درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا وفي القياس يلزمه الالف
واصله في الكبير اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها الف ففي القياس عليها خمسمائة
زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حاصل ما يلزم لها والله اعلم بالصواب

باب الظهار

واذا قال الرجل لامرأته انت علي كظهر امي فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا
تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم الى ان قال فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع اصله ونقل حكمه الى
تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب
المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطء اذا حرم حرم بدواعيه كي لا يقع فيه كما
في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعي يفضي الى الحرج ولا
كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة
الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة استغفر
الله ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح
فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن من الاتيان به واذا قال انت علي
كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا
المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التأبيد
من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن في التحريم المؤبد كالام وكذلك ان
قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك

لانه يعبر بها عن جميع البدن ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق ولو قال
انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت الكرامة فهو كما
قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه تشبيه
بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت الطلاق
فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكأنه قال انت علي حرام ونوى الطلاق وان لم
يكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد
يكون ظهارا لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به
التحريم لا غير فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد
ظهار لان كاف التشبيه تختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى ظهارا او طلاقا فهو
على ما نوى لانه يحتمل الوجهين الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم وفي التشبيه تأكيد له
وان لم تكن له نية فعلى قول ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما
ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى به طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي
حنيفة وقالا هو على ما نوى لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بيناه غير ان عند محمد اذا
نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند ابي يوسف يكونان جميعا وقد عرف في موضعه
ولابي حنيفة انه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون
الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى من نسائهم
ولان الحل في الامة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق
في المملوكة فان تزوج امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه
صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا والظهار ليس بحق من حقوقه فيتوقف
بخلاف اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه
انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف اليهن
الطلاق وعليه لكل واحدة كفارة لان الحرمة تثبت في كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة
فتتعدد بتعددها بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم
يتعدد ذكر الاسم فصل في الكفارة قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد
فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد
فيه فانه يفيد الكفارة فيه على هذا الترتيب قال وكل ذلك قبل المسيس وهذا
في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام لان الكفارة فيه

منهما بشهوة لحرمة ذلك ممن تعذر بها على الوطء ليكون الوطء حلالا قال وتجزئ في العتق الرقبة
الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبيرة لان اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء اذ
هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رح يخالفنا في الكافرة ويقول
الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى كالزكوة ونحن نقول المنصوص عليه
الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء
اختياره ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر
او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة
احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف اذا
كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر و
قال ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية النوادر لان الفائت جنس المنفعة
الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا
يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزئه ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش
بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون
الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي يجن ويفيق يجزئه لان الاختلال غير مانع ولا يجزئ
عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب
الذي ادى بعض المال لان اعتاقه يكون ببدل وعن ابي حنيفة رح انه يجزئه لقيام الرق من
كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ بخلاف امومية الولد والتدبير لانهما لا يحتملان
الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز خلافا للشافعي رح لانه استحق حريته
بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم من كل وجه على ما بينا ولقوله عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانه فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة
الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه
تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في هذه الحالة بجهة الكتابة او لان الفسخ ضروري
لا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها
وقال الشافعي رح لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تاتيك في كتاب
الايمان ان شاء الله تعالى فان اعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه
لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لانه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقا
كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه وجب عليه السعاية

اعتاق

في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه ينتقص
على ملكه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة فان اعتق نصف عبده عن
كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب
الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين عينها
بخلاف ما تقدم لان النقصان على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة رح اما عندهما
الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون اعتاقا بكلامين فان اعتق
نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح لان
الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص واعتاق
النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته
صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر
ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار
لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام منهي عنه فلا ينوب عن الواجب
الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استأنف
الصوم عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يستأنف لانه لا يمنع التتابع
اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا ففيما ذهبنا
اليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم ان يكون
قبل المسيس وان يكون خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف
وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استأنف لفوات التتابع وهو قادر عليه عادة و
ان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن من اهل التكفير بالمال وان
اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه واذا لم يستطع
المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من
تمر او شعير او قيمة ذلك لقوله عليه السلام في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل
مسكين نصف صاع من بر ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر
وقوله او قيمة ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر
او شعير جاز لحصول المقصود اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره
ففعل اجزأه لانه استقراض معنى والفقير قابض له اولا ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تمليكه فان
غداهم وعشاهم جاز قليلا كان ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة

حصل بعد المسيس وعندهما اعتاق النصف

وصدقة الفطر وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص
عليه هو الاطعام وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما
الواجب في الزكوة الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان
فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير
ليمكنه الاستيفاء الى الشبع وفي خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اعطى مسكينا واحدا
ستين يوما اجزاه وان اعطاه في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد
خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا
في الاباحة من غير خلاف واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد
قيل لا يجزيه لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة
واحدة لان التفريق واجب بالنص وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف
لانه تعالى ما شرط في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما
يقدر على الاعتاق او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية
في نفسه واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه الا عن
واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه عنهما وان اطعم ذلك
عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان المؤدى وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما
كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي
الجنسين معتبرة واذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان نصف الصاع
ادنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف
ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة الثانية في حكم مسكين اخر ومن وجب عليه كفارتا
ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او
اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة وان اعتق عنهما رقبة
واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل
لم يجز عن واحد منهما وقال زفر لا يجزيه عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي
له ان يجعل عن احدهما في الفصلين لان الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه
قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف العبد فليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما
لخروج الامر من يده ولنا ان نية التعيين في الجنس المتحد غير مفيد فيلغو وفي الجنس المختلف
مفيد واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة هنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما

يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد واذا كان عليه صوم القضاء
والمنذور فانه لا بد فيه من التعيين

باب اللعان

واذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب
ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات
مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله
تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم والاستثناء انما يكون من الجنس وقال الله تعالى فشهادة
احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة
باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي
جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا اذا ثبت هذا نقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة
لان الركن فيه اداء الشهادة ولا بد ان تكون هي ممن يحد قاذفها لانه قائم في حقه مقام حد القذف
فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر
احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطء عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف
وهذا لان الاصل في النسب الصحيح والفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى
يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم
حتى يلاعن او يكذب نفسه لانه حق مستحق عليه وهو قادر على ايفائه فيحبس به حتى ياتي
بما هو عليه او يكذب نفسه ليرتفع السبب ولو لاعن وجب عليها اللعان لما تلونا
من النص الا انه يبتدا بالزوج لانه هو المدعي فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه
لانه حق مستحق عليها وهي قادرة على ايفائه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او
محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي
وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه وان كان من اهل
الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت
صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان
في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام
اربعة لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر و
الحرة تحت المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من
جهته اذ هو ليس من اهله وصفة اللعان ان يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد

اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول
في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع
ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني
به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به
من الزنا والاصل فيه ما تلونا من النص وروى الحسن عن ابي حنيفة رح انه يأتي بلفظة المواجهة يقول
فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها
الاشارة انقطع الاحتمال قال فاذا التعنا لم تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم
بينهما وقال زفر رح تقع بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت
الحرمة يفوت الامساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع ناب القاضي
منابه دفعا للظلم دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي عليه السلام كذبت عليها يا رسول الله
ان امسكتها هي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد رح
لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب نفسه عندهما وقال
ابو يوسف رح هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على التابيد ولهما
ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها لا يجتمعان ما داما متلاعنين ولم
يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان وان كان القذف بولد نفى القاضي نسبه
والحقه بامه وصفة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله انى لمن الصادقين
فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في
اللعان الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى ولد
امرأة هلال بن امية عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر
عليه مقصوده ويتضمنه القضاء بالتفريق وعن ابي يوسف رح ان القاضي
يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من
ذكره فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له
ان يتزوجها وهذا عندهما لانه لما حد لم يبق اهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم
وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت لانتفاء اهلية اللعان
من جانبها وان قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما لعدم اهلية الشهادة
وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق بالصريح كحد القذف وفيه خلاف
الشافعي رح وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندرئ بها واذا قال الزوج ليس

حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة رح وزفر رح لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر
قاذفا وقال ابو يوسف رح ومحمد رح ان اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكره في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق
القذف قلنا اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فكانه قال ان كان
بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا
الحمل من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال
الشافعي رح ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان
الاحكام لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله والحديث محمول على انه
عرف قيام الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي
تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن
وثبت النسب وقال ابو يوسف رح ومحمد رح يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي
يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لانه اثر الولادة
وله انه لا معنى للتقدير لان الزمان للتأمل واحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل
عليه وهو قبول التهنئة او سكوته عند التهنئة او ابتياعه متاع الولادة او مضي
ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة
التي ذكرنا على الاصلين قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى
الاول واعترف بالثاني يثبت نسبهما لانهما توأمان خلقا من ماء واحد وحد
الزوج لانه اكذب نفسه بدعوى الثاني وان اعترف بالاول ونفى الثاني يثبت
نسبهما لما ذكرنا ولاعن لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق
على القذف فصار كما اذا قال انها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك التلاعن كذا هذا

باب العنين وغيره

واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المرأة
ذلك هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولان الحق ثابت لها في الوطي
ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة ويحتمل ان يكون لآفة اصلية فلا بد من مدة معرفة
لذلك وقدرناها بالسنة لاشتمالها على الفصول الاربعة فاذا مضت المدة ولم يصل
اليها تبين ان العجز بآفة اصلية ففات الامساك بالمعروف ووجب التسريح بالاحسان
فاذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لان التفريق حقها وتلك

تطليقة بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي
هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وإنما يقع بائنا لأن المقصود وهو دفع الظلم
عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال مهرها إن كان قد
خلا بها فإن خلوة العنين صحيحة وتجب العدة لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل
إليها ... ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها فإن كانت ثيبا
فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلة
ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكرا نظر إليها النساء فإن
قلن هي بكر أجل سنة وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج فإن حلف لا حق لها وإن نكل يؤجل
سنة وإن كان مجبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت لأنه لا فائدة في التأجيل والخصي يؤجل كما
يؤجل العنين لأن وطأه مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت نظر إليها
النساء فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وإن قلن هي
ثيب يحلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير وإن كانت
ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب بأيام الحيض
وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه
وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج وقال الشافعي يرد بالعيوب الخمسة وهي الجذام و
البرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع
قال النبي صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الأسد ولنا أن فوت الاستيفاء
أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب أولى وهذا لأن الاستيفاء من
الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار دفعا للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف
جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق
الزوج وإنما يثبت في الجب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به
فافترقا والله أعلم

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة
ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والفرقة
إذا كانت بغير طلاق في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم

في الفرقة الطارئة وبه تحقق قرء الأقراء الحيض عندنا وقال الشافعي الأطهار واللفظ
حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على
الحيض أولى إما عملا بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا أو لأنه معرف
لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه السلام وعدة الأمة حيضتان فيلتحق بيانا به وإن
كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر
الآية وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن
حملهن وإن كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة تطليقتان وعدتها
حيضتان ولأن الرق منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر
بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه
يتجزى فأمكن تنصيفه عملا بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى
ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة شهران
وخمسة أيام لأن الرق منصف وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى
وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود من شاء باهلته أن سورة
النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على
سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين
وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله ثلاث حيض ومعناه إذا كان الطلاق
بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف رحمه الله أن النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال النكاح
بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه
ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما ولو قتل على ردته
حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر
باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث الكافر فإن أعتقت الأمة في
عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر لقيام النكاح من كل وجه وإن أعتقت وهي
مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها لزوال النكاح بالبينونة أو الموت وإن كانت
آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة
بالحيض ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا

وهذا لان شرط الخلفية تحقق الاياس وذلك باستدامة الدم الى الممات كالفدية في حق الشيخ
الفاني ولو حاضت حيضتين ثم ايست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل و
المنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لانها للتعرف عن
براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرف واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها
فعدتها ثلاث حيض وقال الشافعي رح حيضة واحدة لانها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت
الاستبراء ولنا انها وجبت بزوال الفراش فاشبه عدة النكاح ثم امامنا فيه عمر رضي الله عنه فانه قال
عدة ام الولد ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر كما في النكاح واذا مات
الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال
ابو يوسف رح عدتها اربعة اشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لان الحمل ليس بثابت النسب
منه فصار كالحادث بعد الموت ولهما اطلاق قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن
حملهن ولانها مقدرة بمدة وضع الحمل في اولات الاحمال قصرت المدة او طالت لا للتعرف
عن فراغ الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق
في الصبي وان لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث لانه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير
بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة
الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت قال
ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لان الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقوم مقامه
في موضع التصور. واذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق
لان العدة مقدرة بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها
عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا واذا انقضت
العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي لا تتداخلان
لان المقصود هو العبادة فانها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين
في يوم واحد ولنا ان المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان
ومعنى العبادة تابع الا ترى انها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف والمعتدة عن وفاة
اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها تحقيقا للتداخل بقدر
الامكان. وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم
بالطلاق او الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها لان سبب وجوب العدة
الطلاق او الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود السبب ومشايخنا رحمهم الله يفتون

يفتون في الطلاق ان ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة والعدة في النكاح
الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطئ على ترك وطئها وقال زفر رح من آخر الوطآت
لان الوطئ هو السبب الموجب ولنا ان كل وطئ وجد في العقد الفاسد يجري مجرى
الوطأة الواحدة لاستناد الكل الى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد فقبل التفريق
او العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولان التمكن على وجه الشبهة اقيم مقام حقيقة
الوطئ لخفائه ومساس الحاجة الى معرفة الحكم في حق غيره واذا قالت المعتدة انقضت عدتي
وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين لانها امينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف
كالمودع واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول
بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى لان هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال
المهر ولا استئناف العدة واكمال العدة الاولى انما وجب بالطلاق الاول الا انه لم يظهر
حال التزوج الثاني فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها ولهما
انها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الاولى وبقي اثره وهو العدة فاذا جدد النكاح وهي
مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري المغصوب
الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد فوضح بهذا انه طلاق بعد الدخول وقال زفر لا عدة
عليها اصلا لان الاولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية لم تجب وجوابه ما قلنا قال
واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا اذا خرجت الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان
يكون حاملا وهذا كله قول ابي حنيفة رح وقالا عليها وعلى الذمية العدة اما الذمية فالاختلاف فيها
نظير الاختلاف في نكاحها محارم وقد بيناه في كتاب النكاح فقول ابي حنيفة رح فيها اذا كان
معتقدهم انه لا عدة واما المهاجرة فوجه قولهما ان الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة
فكذا بسبب التباين بخلاف ما اذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى لا جناح عليكم
ان تنكحوهن ولان العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا
للتملك الا ان تكون حاملا لان في بطنها ولدا ثابت النسب وعن ابي حنيفة انه يجوز نكاحها
ولا يطأها كالحبلى من الزنا والاول اصح فصل قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه السلام لا يحل لامرأة
تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلثة ايام الا على زوجها اربعة اشهر وعشرا
واما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رح لا حداد عليها لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت

زوج وفى بعهدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي أن
النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال الحناء طيب ولأنه يجب
إظهاراً للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والإبانة أقطع
لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتاً قبل الإبانة لا بعدها والحداد ويقال الإحداد
وهما لغتان أن تترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا
من عذر وفي الجامع الصغير إلا من وجع والمعنى فيه وجهان أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف
والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا تصير ذريعة
إلى الوقوع في المحرم وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن
لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال إلا من عذر لأن فيه
ضرورة والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعاً فإن كان ذلك أمراً ظاهراً
يباح لها لأن الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به ولا تختضب
بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوباً مصبوغاً بعصفر ولا بزعفران لأنه يفوح منه رائحة الطيب
ولا إحداد على كافرة لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على صغيرة لأن الخطاب موضوع عنها
وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى بخلاف المنع
من الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته وليس في عدة أم الولد ولا في
عدة النكاح الفاسد إحداد لأنها ما فاتتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة أصل
ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما
عرضتم به من خطبة النساء إلى أن قال ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً
معروفاً وقال عليه السلام السر النكاح وقال ابن عباس رضي الله عنهما التعريض أن يقول إني
أريد أن أتزوج وعن سعيد بن جبير رحمه الله في القول المعروف إني فيك لراغب
وإني أريد أن نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلاً ولا نهاراً و
المتوفى عنها زوجها تخرج نهاراً وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها أما المطلقة فلقوله
تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة
نفس الخروج وقيل الزنا ويخرجن لإقامة الحد عليهن وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقة
لها فتحتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ولا كذلك المطلقة
لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل إنها تخرج نهاراً
للحاجة وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل

في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن
والبيت المضاف إليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها
أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه السلام للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ
الكتاب أجله وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت
لأن هذا انتقال بعذر والعبادات تؤثر فيها الأعذار فصار كما إذا خافت على متاعها أو
خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر فلا تجد ما تؤديه ثم إن وقعت الفرقة بطلاق
بائن أو ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقاً يخاف
عليها منه فتخرج لأنه عذر ولا تخرج عما انتقلت إليه والأولى أن يخرج هو ويتركها وإن جعلا
بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج والأولى
خروجه قال وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر
فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بإنشاء الخروج
معنى بل هو بناء وإن كان بينها ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها
ولي أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً لأن المكث في ذلك المكان أخوف
عليها من الخروج إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال إلا أن يكون
طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا عند
أبي حنيفة وقالا إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لهما أن
نفس الخروج مباح دفعاً لأذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا عذر وإنما الحرمة للسفر
وقد ارتفعت بالمحرم وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم فإن للمرأة أن تخرج
إلى ما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة
أولى

باب ثبوت النسب

ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولداً لستة أشهر من يوم تزوجها فهو
ابنه وعليه المهر أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت
به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها
وهو يخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه
جعل واطئاً حكماً فتأكد المهر به قال ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت
به لسنتين أو أكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أن تكون
ممتدة الطهر وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت

نسبه لوجود العلوق في النكاح او في العدة فلا يصير مراجعا لاحتمال العلوق قبل الطلاق
ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت رجعة لان العلوق
بعد الطلاق والظاهر انه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطئ مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها
اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه يحتمل ان يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال
الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة
لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطئها حرام قال الا ان يدعيه
لانه التزمه وله وجه بان وطئها بشبهة في العدة فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين لانها معتدة يحتمل ان تكون حاملا ولم
تقر بانقضاء العدة فاشبهت الكبيرة ولهما ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الاشهر
فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق اقرارها لانه لا يحتمل الخلف والاقرار
يحتمله وان كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت الى سبعة
وعشرين شهرا لانه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الاشهر ثم تاتي به لاكثر مدة الحمل
وهو سنتان وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء
لان باقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين
وقال زفر ان جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة اشهر لا يثبت النسب لان
الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما اذا اقرت بالانقضاء كما بينا
في الصغيرة الا انا نقول لانقضاء عدتها جهة اخرى وهو وضع الحمل بخلاف الصغيرة
لان الاصل فيها عدم الحبل لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك واذا اعترفت المعتدة
بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فبطل
الاقرار وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده
وهذا اللفظ باطلاقه يتناول كل معتدة واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي
حنيفة الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامرأتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او
اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت
في الجميع بشهادة امرأة واحدة لان الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة
الى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولابي حنيفة ان العدة تنقضي
باقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط كمال

الحجة بخلاف ما اذا كان ظاهر الحبل وصدر الاعتراف لان النسب ثابت قبل الولادة
والتعيين يثبت بشهادتها فان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم
يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم
فيقبل فيه تصديقهم واما في حق النسب فهل يثبت في حق غيرهم قالوا اذا كانوا من اهل الشهادة
يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لان الثبوت في حق غيرهم
تبع للثبوت في حقهم باقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط واذا تزوج الرجل امرأة
فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على
النكاح فلا يكون منه وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج
او سكت لان الفراش قائم والمدة تامة فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة
تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لان النسب يثبت بالفراش القائم واللعان
انما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فانه يصح بدونه وان ولدت ثم اختلفا
فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر فقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهو ابنه
لان الظاهر شاهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على
الاختلاف وان قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق
عند ابي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتها حجة في ذلك قال عليه السلام شهادة النساء
جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ولانها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها
وهو الطلاق ولابي حنيفة انها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لان شهادتهن
ضرورية في الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لانه ينفك عنها وان كان الزوج قد اقر
بالحبل طلقت من غير شهادة عند ابي حنيفة وعندهما يشترط شهادة القابلة لانه لا بد
من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله ان الاقرار بالحبل اقرار بما يفضي اليه
وهو الولادة ولانه اقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الامانة قال واكثر مدة الحمل
سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل
واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي
للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين والحجة عليه ما رويناه والظاهر
انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت
بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها [illegible]
[illegible] لم يلزمه لانه في الحال الاول ولد المعتدة فان العلوق سابق

الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث الى اقرب وقته فلا بد من دعوة
وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان اثنتين ثبت النسب الى سنتين
من وقت الطلاق لانها حرمت حرمة غليظة فلا يضاف العلوق الا الى ما قبله لانها لا تحل
بالشراء ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امراة فهي
ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع ومن
قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب
كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن قوله اقرارا
بالنكاح وجه الاستحسان ان المسالة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها ام الغلام والنكاح
الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم انها حرة فقالت الورثة انت ام
ولد فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الارث

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امراة قالت يا
رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم
ابوه انه ينزعه مني فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه
واقدر على الحضانة فكان الدفع اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير
له من شهد وعسل عندك يا عمر قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امراته والصحابة
حاضرون متوافرون والنفقة على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليه لانها عست تعجز عن
الحضانة فان لم يكن له ام فام الام اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية
تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من الاخوات لانها من الامهات
ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولادة فان لم تكن له جدة فالاخوات
اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث
وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى
ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق
ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى
من العمات ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما نزلنا الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين
ثم قرابة الام ثم الخالة ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا

لما روينا ولان زوج الام اذا كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة
اذا كان زوجها الجد لانه قام مقام ابيه فينظر له وكذلك كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام
الشفقة نظرا الى القرابة القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية
لان المانع قد زال فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم
تعصيبا لان الولاية للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبة غير محرم كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام
حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فياكل
وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجاء
ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التادب والتخلق باداب الرجال واخلاقهم والاب
اقدر على التاديب والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتبارا
للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة
اداب النساء والمراة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ
والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق
الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حد الشهوة وفي الجامع الصغير
حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام
والجدة لقدرتهما عليه شرعا والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت كالحرة في حق
الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن
الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف
ان يالف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده ولا خيار للغلام والجارية
وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي صلى الله عليه وسلم خير ولنا انه لقصور عقله
يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة
لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهم اهده فوفق لاختيار
الانظر بدعائه او يحمل على ما اذا كان بالغا

فصل

واذا ارادت المطلقة
ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج
به الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا
قال عليه السلام من تاهل ببلدة فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا واذا ارادت
الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها

ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد
في هذا المكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملة ذلك
حق إمساك الأولاد ووجه الأول أن التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه
عرفا وهذا أصح وقد أشار في الكتاب إلى أنه لا بد من الأمرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله إذا كانت بين
المصرين تفاوت أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته
فلا بأس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر فلا بأس به لأن فيه نظرا
للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالأب وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل
السواد فليس لها ذلك

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله
فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والأصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته
وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عليه السلام في حديث حجة الوداع
ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولأن النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا
بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل لا فصل
فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة ويعتبر في ذلك حالهما جميعا قال العبد الضعيف وهذا
اختيار الخصاف وعليه الفتوى وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة
اليسار وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار وإن كانت معسرة والزوج موسر فنفقتها دون
نفقة الموسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى لينفق
ذو سعة من سعته وجه الأول قوله عليه السلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال زوجك
ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية
والفقيرة لا تفتقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة وأما النص فنحن نقول بموجبه
أنه مخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو
الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على الموسر مدان وعلى المعسر
مد وعلى المتوسط مد ونصف لأن ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه قال وإن امتنعت
من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من
قبله فيجعل كلا فائت وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس
منها وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج
لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها

لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح
ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين إن شاء الله تعالى وقال الشافعي لها النفقة لأنها عوض عن
الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن
معوض واحد فلها المهر دون النفقة وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة
فلها النفقة من ماله لأن التسليم تحقق منها وإنما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وإذا
حبست المرأة في دين فلا نفقة لها لأن فوت الاحتباس منها بالمماطلة وإن لم يكن منها بأن
كانت عاجزة فليس منه وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن أبي يوسف أن لها
النفقة والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا و
كذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها وعن أبي يوسف أن لها النفقة
لأن إقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ولو
سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر
دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا وإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس أن
لا نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان أن الاحتباس
قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع بعارض فأشبه الحيض وعن أبي يوسف
أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب
لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه قال وتفرض على
الزوج النفقة إذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في
بعض النسخ وتفرض على الزوج إذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه أن كفايتها واجبة
عليه وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه قال ولا تفرض لأكثر من خادم واحد وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح
الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى الاثنين
ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه وقالوا إن الزوج
الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وقوله في
الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن
عن أبي حنيفة وهو الأصح خلافا لما قاله محمد لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي
قد تكتفي بخدمة نفسها قال ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها
استديني عليه وقال الشافعي يفرق لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابه

منا به هذا التفريق كما في الجب والعنة بل أولى لأن الحاجة
إلى النفقة أقوى ولنا أن حقه يبطل وحقها يتأخر والأول أقوى في الضرر وهذا لأن النفقة
تصير دينا بفرض القاضي فتستوفى في الزمان الثاني وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو
المقصود وهو التوالد وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها إحالة الغريم على الزوج
فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج وإذا قضى القاضي
لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار و
الإعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فإذا تبدل حاله لها المطالبة بتمام حقها قال وإذا
مضت مدة لم ينفق الزوج عليها فطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضي فرض لها
النفقة أو صالحت الزوج على مقدار نفقتها فيقضي لها بنفقة ما مضى لأن النفقة صلة وليست بعوض
عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا
بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي بخلاف
المهر لأنه عوض وإن مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة و
كذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض
وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده فصار كسائر الديون
وجوابه ما بيناه وإن أسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع منها شيء عند أبي حنيفة و
أبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله
وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل الاستحقاق
بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة ولهما أنها صلة وقد اتصل بها القبض
ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد
منها شيء بالإجماع وعن محمد رحمه الله أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شيء لأنه
يسير فصار في حكم الحال وإذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه إذا
تزوج بإذن المولى لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق
برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله أن يفدي لأن حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات
العبد سقطت وكذا إذا قتل في الصحيح لأنه صلة وإن تزوج الحر أمة فبوأها مولاها معه منزلا
فعليه النفقة لتحقق الاحتباس وإن لم يبوئها فلا نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة
أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه
فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة على ما مر في النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها

لا تسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد في
هذا كالأمة فصل وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار
ذلك لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة وإذا
وجب حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها
ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار ذلك لأنها رضيت بانتقاص
حقها وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار
مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود قد حصل وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها
الدخول عليها لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر إليها
وكلامها في أي وقت اختاروا لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل
لا يمنعهم من الدخول والكلام وإنما يمنعهم من القرار لأن الفتنة في اللبث وتطويل الكلام
وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما
من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية
فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وأولاده الصغار ووالديه
وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به لأنه لما أقر بالزوجية والوديعة فقد أقر
أن حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه وإقرار صاحب
اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنه لو أنكر أحد الأمرين لا تقبل بينة المرأة فيه
لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية عليه ولا المرأة خصم في إثبات حقوق
الغائب وإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب وكذا إذا كان المال في يد مضاربه
وكذا الجواب في الدين وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو
طعاما أو كسوة من جنس حقها أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه
يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه لا
يباع على الحاضر فكذا على الغائب وأما عندهما فلأن كان تقضي على الحاضر لأنه يعرف امتناعه
ولا تقضي على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب لأنها
استوفت النفقة أو طلقها زوجها وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث
إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم وارثا آخر حيث لا يؤخذ منهم
الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله لأن هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج
ويحلفها بالله ما أعطاها النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضي بنفقة في مال

غايب الا بقولها ووجه الفرق ان نفقة هولاء واجبة قبل قضاء القاضي اعانة لهم اما غير
من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه والقضاء على الغايب لا يجوز
ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم يخلف مالا
فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويامرها بالاستدانة لا يقضي القاضي
بذلك لان في ذلك قضاء على الغايب وقال زفر رح يقضي لان فيه نظرا لها ولا
ضرر فيه على الغايب فانه لو حضر وصدقها فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان
نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها وان عجزت يضمن الكفيل او المراة
وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه
وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها فصل واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة
والسكنى في عدتها رجعيا كان او باينا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا
اما الرجعي فلان النكاح بعده قايم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه
قوله ما روي عن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله
عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب
للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس
على ما ذكرنا والاحتباس قايم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة
الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع وصار كما اذا كانت حاملا وحديث
فاطمة رده عمر رضي الله عنه فانه قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امراة
لا ندري صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت سمعت رسول الله عليه السلام يقول للمطلقة
الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده ايضا زيد بن ثابت واسامة
بن زيد وجابر وعايشة رضوان الله عليهم ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها لان
احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان معنى التعرف
عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه ولان
النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة
وكل فرقة جاءت من قبل المراة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها لانها
صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول
لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار

العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا
يسقط النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ
بالله سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق
لان الفرقة تثبت بالطلقات الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس
حتى تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق فصل ونفقة الاولاد
الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة لقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن وكسوتهن والمولود له هو الاب فان كان الصغير رضيعا فليس على امه
ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عست لا تقدر
عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تاويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي بالزامها
الرضاع مع كراهتها وهذا الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما
اذا كان لا يوجد من ترضعه تجبر الام على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستاجر
الاب من ترضعه عندها اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت
ذلك لان الحجر لها فان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع
مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال
عجزها فاذا اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ
الاجر عليه وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وفي رواية اخرى جاز استيجارها
لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض الاحكام ولو استاجرها وهي
منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق عليها وان انقضت عدتها
فاستاجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال بالكلية فصارت كالاجنبية فان قال
الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت
هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع اليها وان التمست زيادة لم يجبر
الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى لا تضار والدة بولدها
ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان
خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته في دينه اما الولد فلاطلاق
ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب هو العقد
الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه
الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير

لان النكاح قايم وكذا في المبتوتة في رواية

مال اما اذا كان له مال فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا

فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت الآية في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان الابن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب عند عدمه لانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط الفقر لانه لو كان ذا مال فايجاب نفقته في ماله اولى من ايجابها في مال غيره ولا يمتنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها واجبة لها بالعقد لاحتباسها لحق له مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه فكما لا يمتنع نفقة نفسه بكفره لا يمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب نفقتهم على المسلم وان كانوا مستأمنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما تأويلا في مال الولد بالنص ولا تأويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امرأة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء حق مستحق عليه قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على

ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية الخصاف والحسن رحمهما الله وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث غير ان المعتبر اهلية الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية الارث ولا بد من اعتبار الغنى ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد اذ المقاصد لا تنتظم دونها ولا يعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز في ذلك كله وهو القياس لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة ان للاب ولاية الحفظ في مال الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها بخلاف غير الاب من الاقارب لانه لا ولاية لهم اصلا في التصرف في حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر واذا جاز بيع الاب فالثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان يأخذ نفقته منه لانه من جنس حقه وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا به واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة

ثم لا يجب مع اليسار وقد صحت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها
لا تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال إلا أن يأذن القاضي
في الاستدانة عليه لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير دينا في ذمته
فلا تسقط بمضي المدة فصل وعلى المولى أن ينفق على أمته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك
إنهم إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله
فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا لأن فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك
المالك وإن لم يكن لهما كسب بأن كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما
لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة
لأنها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فيكون إبطالا وبخلاف سائر الحيوانات
لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى لأنه عليه السلام
نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر
والأصح ما قلنا

كتاب العتاق

الإعتاق تصرف مندوب إليه قال عليه السلام أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى
بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق
مقابلة الأعضاء بالأعضاء قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية
لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للمملوك والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله لكونه
ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي والوصي عليه والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال
البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه
ظاهر لوجود الإسناد إلى حالة منافية وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت
لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا
ينفذ عتقه لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم وإذا قال لعبده أو أمته أنت
حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم
ينو لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية
والوضع وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة
كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق
ديانة لأنه يحتمله ولا يدين قضاء لأنه خلاف الظاهر ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لأنه
نداء بما هو صريح فيه واستحضار المنادى بالوصف المذكور وهذا هو الحقيقة فيقتضي تحقق

تحقيق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له فيقدر من جهته
إلا إذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به
ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم
علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر أو وجهك حر أو رقبتك حر أو
بدنك حر أو قال لأمته فرجك حر لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في
الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك الاختلاف فيه وإن
أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي و
الكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن
لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين
أحدهما مرادا إلا بالنية قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا
سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك
وتخلية السبيل بالبيع والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك
لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف رحمه الله بخلاف قوله طلقتك على
ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن
السلطان عبارة عن اليد وسمي السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في
المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على
المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة
إذا كان يولد مثله لمثله فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب
معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب
فيثبت نسبه منه وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف
لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعذر إعماله بحقيقته ووجه
المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى قال ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق أما الأول
فلأن اسم المولى وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في
العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة
وللعبد نسب معروف فانتفى الأول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام لحقيقته والإضافة
إلى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح وكذا إذا قال لأمته هذه
مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله

ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر ... مراد المخبر بالتصريح
والنداء باللفظ الصريح يعتق بان قال يا حر يا عتيق وكذا النداء بهذا اللفظ وقال
زفر رح لا يعتق في الثاني لانه يقصد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي فيتناول الكلام
الحقيقة وقد امكن العمل به بخلاف ما ذكر لانه ليس فيه ما يحقق العتق فكان اكراما محضا ولو
قال يا ابني او يا اخي لم يعتق لان النداء لاعلام المنادى الا انه اذا كان بوصف يمكن
اثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في
قوله يا حر على ما بيناه واذا كان النداء بوصف لا يمكن اثباته من جهته كان للاعلام المجرد
دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء من جهته لانه لو تخلق
من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الاعلام ويروى عن ابي حنيفة رح شاذا
انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر فانه ابن ابيه
وكذا لو قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة والامر كما اخبر واذا قال لغلام
لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق وهو قول الشافعي رح لهم
انه كلام محال فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة رح
انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في
المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز
في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمشابهة في وصف ملازم
من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له
في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل
مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطأ
سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب
على العاقلة في سنتين فلا يمكن اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية
لا تختلف ذاتا وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما
فهو على الخلاف لما بينا ولو قال لصبي صغير هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق
بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في
كلامه فتعذر ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من
غير واسطة ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه يعتق ولو قال لعبده هذا ابنتي
فقد قيل على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان المشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى

بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح ولو قال لامته انت طالق او بائن
او تخمري ونوى به العتق لم تعتق وقال الشافعي رح تعتق اذا نوى وكذا على هذا الخلاف
سائر الفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخنا له انه نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين
موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم
ملك العين حتى كان التأبيد من شرطه والتأقيت مبطلا له وعمل اللفظين في اسقاط
ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اما الاحكام فتثبت بسبب سابق
وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظ العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى
ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد
ألحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقتدر ولا كذلك المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع
وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء ان الاول اقوى ولان ملك اليمين
فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لا عما هو
فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر
لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما
انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة
ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرف التشبيه ولو قال رأسك رأس حر عتق
لانه اثبات الحرية فيه اذ الرأس يعبر به عن جميع البدن فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه
عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال عليه السلام من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالمحرمية ولادا او غيره والشافعي رح
يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس او لا يقتضيه
والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق او الاستدلال ولهذا امتنع
التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة
مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد ملغى لانها هي التي يفترض
وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق بين ما اذا كان المالك مسلما
او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه
لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق
فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع ليعتق تحقيقا لمقصود العقد وعن ابي حنيفة رح انه يتكاتب
على الاخ ايضا وهو قولهما حتى لا يجوز بيعه وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي

وضده من الرضاع لأن المحرمية تثبت بالقرابة والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون
حتى عتق القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد فشابه النفقة ومن أعتق
عبده لوجه الله أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ووصف
القربة في اللفظ الأول زيادة فلا يختل العتق بعدمه في اللفظين الأخيرين وعتق
المكره والسكران واقع لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من
قبل وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق أما الإضافة إلى الملك ففيه
خلاف الشافعي رح وقد بيناه في الطلاق وأما التعليق بالشرط فلأنه إسقاط فيجري فيه
التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه وإذا خرج عبد الحربي إلينا مسلما عتق
لقوله عم في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه وهو
مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعا لها إذ
هو متصل بها ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة
ولا إليه تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم
نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد بالإضافة إلى الجنين وشيء منهما ليس
بشرط في الإعتاق فافترقا ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام
المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا إلى إلزام الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة واشتراط
بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت
به لأقل من ستة أشهر لأنه إذن في مدة الحمل وولد الأمة من مولاها حر لأنه مخلوق من
مائه فيعتق عليه هذا هو الأصل ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاها وولدها من
زوجها مملوك لسيدها لترجح جانب الأم باعتبار الحضانة أو لاستهلاك مائه بمائها
والمنافاة متحققة والزوج قد رضي به بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضي به وولد
الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية
والتدبير وأمومية الولد والكتابة

باب عتق البعض

يعتق بعضه وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه
عند أبي حنيفة رح وقالا يعتق كله وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق
وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رح فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فلهذا يعتق
كله لهما أن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكمية وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق
الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد

والاستيلاد وله أن الإعتاق إثبات العتق بإزالة الملك أو هو إزالة الملك
لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية
المتصرف وهو إزالة حقه لا حق غيره والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدي
إلى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في البيع والهبة فيبقى على الأصل وتجب السعاية
لاحتباس مالية البعض عند العبد والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب
ثبوت المالكية في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتبا إذ هو مالك يدا
لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل
للإعتاق غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ بخلاف الكتابة
المقصودة لأنه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة
فأثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر
عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد وإذا كان العبد
بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق فإن كان موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق و
إن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وإن شاء استسعى العبد فإن ضمن رجع المعتق على
العبد والولاء للمعتق وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما وإن كان المعتق معسرا فالشريك
بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند أبي
حنيفة رح وقالا ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ولا يرجع المعتق
على العبد والولاء للمعتق وهذه المسألة تبتنى على حرفين أحدهما تجزي الإعتاق وعدمه على ما
بيناه والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني
قوله عم في الرجل الذي يعتق نصيبه إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا سعى في حصة الآخر
قسم والقسمة تنافي الشركة وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما إذا
هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة
صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا هنا إلا أن العبد فقير فيستسعيه ثم
يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لأن به يعتدل
النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وإيصال بدل حق الساكت إليه
ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال
اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزي وأما التخريج على قوله فخيار
الإعتاق لقيام ملكه في البقية إذ الإعتاق متجز عنده والتضمين لأن المعتق جاني

عليه باعتاق نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت باداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد اعتق بعضه فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفي حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لقيام ملكه وان شاء استسعى لما بينا والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد تعلق بها حق المرتهن او يقضي دينه من ملكه فلهذا يرجع عليه وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا الى الاستسعاء سبيل لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبتنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين القوة الموجبة للمالكية والضعف السالب لها في شخص واحد قال واذا شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين في السعاية لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك فتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه باعتاقه والولاء له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يبرئ العبد من سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة قد ثبتت لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره انما يدعي عليه السعاية فلا يتبرأ عنه ولا يسعى للمعسر منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره

ولا يسعى للمعسر منهما لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى أدخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته لان المقضي عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه ومات قبل التذكر والبيان ومبنى الخلاف في هذه المسألة ان يسار المعتق يمنع السعاية ولا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان عليه علم الآخر انه ابن شريكه او لم يعلم وكذا اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة وقالا في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه ان اشترى بعضه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق فصار كما اذا كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه وله انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف

قيمته ما نقص بانه لا اختيار له ويضمن الاب نصف قيمته لان يسار المعتق
السعاية عند هما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن
ان كان موسرا معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فالبائع ان شاء ضمن وان شاء
ما ذكرنا واذا كان العبد بين ثلثة نفر دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر
فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث
قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا العبد كله للذي
دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل هذا ان التدبير يتجزى عنده
فلا جرم كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ولما كان يتجزى عنده اقتصر على
نصيبه وقد افسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما ان يعتق نصيبه او يدبر او
يكاتب او يضمن المدبر او يستسعى العبد او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه كما
افسد ... حيث سد عليه طريق الانتفاع بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما
العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير
المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن المدبر ليكون ضمان معاوضة اذ هو الاصل
في جعل الغصب ضمان معاوضة على ما عرف وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل
من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك في الاعتاق لانه عند ذلك مدبر فلهذا
عند هذا ثم يضمن المدبر المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه اتلف عليه نصيبه
والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا ولا يضمنه قيمة ما ملكه
من جهة الساكت لان ملكه ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين
والولاء بين المعتق والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما
بهذا المقدار واذا لم يكن التدبير يتجزى عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد افسد نصيب شريكيه
لما بيناه فيضمنه ولا يختلف باليسار والاعسار لانه ضمان تملك في نصيب الاستيلاد بخلاف الاعتاق
لانه ضمان جناية والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر **فصل** وان كانت جارية بين رجلين
زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر ذلك صاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل
عليها لهما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها فصار كما اذا
اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه اعتق كذا هنا فيمتنع خدمته ونصيب
المنكر على ملكه ... فيخرج الى العتاق بالسعاية كام ولد النصراني اذا اسلمت ولابي حنيفة

ولابي حنيفة ان المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة
فيثبت من الخدمة ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للمقر ولا استسعاء لانه
يتبرا عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب
وهذا امر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد وان كانت ام ولد بينهما
فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن نصف قيمتها لان مالية
ام الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما وعلى هذا الاصل تبتنى عدة من المسائل اوردناها
في كفاية المنتهى وجه قولهما انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وهو دليل التقوم ولهذا
بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت عليها السعاية وهذا
آية التقوم غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنا على ما قالوا لفوات منفعة البيع والسعاية بعد
الموت بخلاف المدبر لان الفائت منفعة البيع اما السعاية والاعتاق فباقيان ولابي
حنيفة ان التقوم بالاحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والاحراز للتقوم تابع ولهذا
لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لان السبب فيها متحقق في الحال وهو
الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة الا انه لم يظهر عمله في حق
الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في اسقاط التقوم وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت
وامتناع البيع فيه لتحقق مقصوده فافترقا وفي ام ولد النصراني قضينا بكتابتها عليها
دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر وجوبه الى التقوم **باب عتق احد العبدين**
ومن كان له ثلثة اعبد دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد ودخل الآخر فقال
احدكما حر ثم مات ولم يبين عتق من الذي اعيد عليه القول ثلثة ارباعه ونصف كل
واحد من الآخرين عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح كذلك الا في العبد
الآخر فانه يعتق ربعه اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي
اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كل واحد منهما النصف
غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا آخر لان الثاني دائر بينه وبين الداخل
فيتنصف بينهما غير ان الثابت استحق نصف الحرية بالايجاب الاول فشاع النصف المستحق بالثاني
في نصفيه فما اصاب المستحق بالاول لغا وما اصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلثة
ارباع ولانه لو اريد هو بالثاني يعتق نصفه ولو اريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف
فيعتق منه الربع بالثاني والنصف بالاول واما الداخل فمحمد رح يقول لما دار الايجاب
الثاني بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذا يصيب الداخل وهما يقولان

انه دائر بينهما وفيه التخفيف وانما نزل لان الارث على الثابت كالحاصل في الحقوق
بالايجاب الاول كما ذكرنا ولا احتياج للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال
فان كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك ان يجمع بين سهام
العتق وهي سبعة على قولهما لانا نجعل كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة الارباع
فنقول يعتق من الثابت ثلثه اسهم ومن الاخرين من كل واحد منهما سهمان
فيبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد ان
يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقبة على سبعة وجميع المال احد وعشرون فيعتق
من الثابت ثلثه ويسعى في اربعة ومن الاخرين من كل واحد منهما فيعتق من الثابت
سهمان ويسعى في خمسة اسهم فاذا تأملت وجمعت استقام الثلث والثلثان وعند محمد
يجعل كل رقبة على ستة لانه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم فصار جميع المال
ثمانية عشر وباقي التخريج ما مر ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج
قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه
قيل هذا قول محمد خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما ايضا وقد ذكرنا الوجوه
وتمام تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه احدكما حر ثم مات احدهما او باع او قال له انت
حر بعد موتي عتق الآخر لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع وللعتق
من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير
ابقاء الانتفاع الى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا
اذا استولد احداهما للمعنيين ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق
وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا والعرض على البيع
ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع
لانه تمليك وكذا اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا وكذا لو وطئ احداهما
لا تبين ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رح وقالا
تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في
الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان الملك قائم في الموطوءة
لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤهما
على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به او يقال نازل
في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطء يصادف المعينة بخلاف الطلاق لان

لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة
صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على
الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما و
جارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل
واحد منهما تعتق في حال دون حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط
والجارية لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت
الجارية اولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف اما الغلام يرق
في الحالين فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية
صغيرة فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم
وان نكل عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا محضا
فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا والمسألة
بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير معتبرة في حق
الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول
المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرناه لانه استحلاف على فعل الغير وبهذا
القدر يعرف ما ذكرناه من الوجوه في كفاية المنتهى واذا شهد رجلان على رجل
انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا ان يكون في وصية استحسانا
ذكره في العتاق وان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجبر على ان يطلق
احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح الشهادة في العتق مثل ذلك ويجبر
بان يوقع العتق على احدهما واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى
العبد عند ابي حنيفة رح وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة
من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في
مسألة الكتاب لان الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط
فتقبل الشهادة وان انعدم الدعوى اما في الطلاق عدم الدعوى لا يوجب خللا
في الشهادة لانها ليست بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي
حنيفة رح وان لم تكن الدعوى شرطا فيه لانه انما لا تشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم
الفرج فشابه الطلاق والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج فشابه الطلاق عنده على
ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق احد العبدين وهذا كله اذا شهدا في صحته انه اعتق

عتقت
للجارية واذا كانت
على رجل

احد عبديه بعينه في صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في
صحته او وسط مرضه واداء الشهادة في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان
التدبير حيث ما وقع وقع وصية وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية
انما هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث في الوصية ولان العتق
يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في
صحته احدكما حر فقد قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقيل تقبل لشيوع العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا
ثم دخل عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت الدار الا انه اسقط الفعل و
عوض عنه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف
عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل
مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود
الشرط فيعتق اذا بقي على ملكه وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن
قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت
لستة اشهر فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجود
اقل مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظ يتناول المملوك
المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول
الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رضي الله عنه وفائدة التقييد بوصف
الذكورة انه لو قال كل مملوك لي فهو حر يعتق الحمل تبعا للام ولو قال كل مملوك لي
املكه فهو حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد
عتق الذي في ملكه يوم حلف لان قوله املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال
وكذا يستعمل له من غير قرينة وللاستقبال بقرينة السين او سوف فيكون مطلقه للحال فكان
الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا الى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل
مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذي كان
عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وان مات عتقا من الثلث وقال ابو يوسف
في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا اذا قال
كل مملوك لي اذا مت فهو حر له ان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه

ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر ولهما ان هذا ايجاب عتق وايصاء حتى اعتبر من
الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة الا ترى انه يدخل في الوصية بالمال من
يولد له بعد الوصية وفي الوصية لاولاد فلان من يولد له بعده والايجاب انما
يصح مضافا الى المملوك او الى سببه فمن حيث انه ايجاب العتق يتناول العبد المملوك
اعتبارا بالحالة الراهنة فيصير مدبرا حتى لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايصاء يتناول الذي يشتريه
اعتبارا للحالة المرتقبة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض
فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كانه قال كل مملوك لي او املكه فهو حر بخلاف قوله
بعد غد على ما تقدم لانه تصرف واحد وهو ايجاب العتق وليس فيه ايصاء والحالة محض
استقبال فافترقا ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن
بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب واحد

باب العتق على جعل

ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او
بالف درهم وانما يعتق بقبوله لانه معاوضة المال بغير المال اذ العبد لا يملك نفسه ومن
قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فان قبل صار حرا وما شرط دين
عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لانه ثبت مع المنافاة وهو قيام الرق على ما عرف
واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لانه معاوضة
المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم عمد وكذا الطعام والمكيل والموزون
اذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لانها يسيرة قال ولو علق عتقه باداء
المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر ومعنى
قوله صح انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء
وان كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبين ان شاء الله تعالى وانما صار ماذونا
لانه رغبه في الاكتساب بطلبه الاداء منه ومراده التجارة دون التكدي فكان اذنا
له دلالة فان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي
سائر الحقوق انه ينزل قابضا بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس
لانه تصرف يمين اذ هو تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف على قبول العبد
ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف
الكتابة لانه معاوضة والبدل فيها واجب ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة

نظراً الى المقصود ولانه ما علق عتقه بالاداء الا لحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية
والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ
حتى كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع
عليه بيعه ولا يكون العبد احق بمكاسبه ولا يسري الى الولد المولود قبل الاداء وجعلناه
معاوضة في الانتهاء عند الاداء دفعاً للغرور عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى
هذا يدور الفقه وتخرج المسائل نظيره الهبة بشرط العوض ولو ادى البعض يجبر على القبول
الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما اذا حط البعض وادى الباقي ثم لو ادى الفاً
اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع
عليه لانه مأذون من جهته بالاداء منه ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على
المجلس لانه تخيير وفي قوله اذا اديت لا يقتصر لان كلمة اذا تستعمل للوقت بمنزلة
متى ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت
لاضافة الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال انت حر غداً على الف درهم
بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال
لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسئلة
الكتاب وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس باهل للاعتاق وهذا
صحيح قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات
المولى من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال
محمد قيمة خدمته اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً فيتعلق
العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة اربع سنين لانه يصلح عوضاً فصار كما اذا
اعتقه على الف درهم ثم اذا مات العبد فالخلاف فيه بناء على خلافية اخرى وهو ان
من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية او هلكت يرجع المولى على العبد
بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء انه كما يتعذر تسليم الجارية
بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول الى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى
فصار نظيرها ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان تزوجنيها ففعل
فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الآمر لان من قال لغيره اعتق عبدك
على الف درهم علي ففعل لا يلزمه شيء ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال
لغيره طلق امرأتك على الف درهم علي ففعل حيث يجب الالف على الآمر لان اشتراط

اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل
ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على
قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الآمر وما اصاب المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن
الشراء اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة
شراء وبالبضع نكاحاً فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه
ما لم يسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه لم يذكره وجوابه ان ما اصاب قيمتها سقط
في الوجه الاول كذلك وفي الوجه الثاني كان وما اصاب مهر مثلها كان مهراً لها في الوجهين

باب التدبير

اذا قال الرجل لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر
او قد دبرتك فقد صار مدبراً لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق
عن دبر ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة و
قال الشافعي رحمه الله يجوز لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات
وكما في المدبر المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا
يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد
الموت ولا سبب غيره ثم جعل سبباً في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت
ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان بطلان
الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين واليمين
مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق فامكن تأخير السببية الى
زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة
وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك قال وللمولى
ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك ثابت له
وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما
روينا ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت
في الحال فينفذ من الثلث حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثي قيمته وان كان
على المولى دين يسعى في كل قيمته لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته
وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة ولو علق التدبير بموته على صفة مثل
ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه

لان السبب لم ينعقد في الحال لتردد في تلك الصفة بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه
بمطلق الموت وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق
المدبر معناه من الثلث لانه يثبت حكم التدبير في آخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة
فيه فلهذا يعتبر من الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين
لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت
بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما
على ما عرف في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف
السبب فاوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من
جانب الرجال فكذا الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد
ولدت منه لم يعتق الزوج الذي ملكته بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال
فيمتنع جواز البيع واخراجها لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها
مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ فانه فرع النسب فيعتبر باصله وله وطؤها واستخدامها
واجارتها وتزويجها لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان
يعترف به وقال الشافعي رح يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان
يثبت بالوطء وانه اكثر افضاء اولى ولنا ان وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون
الولد لوجود المانع عنه فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطء بخلاف العقد
لان الولد يتعين مقصودا منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت
نسبه بغير اقرار معناه بعد اعتراف منه بالولد الاول لانه بدعوى الولد الاول تعين الولد مقصودا
منها فصارت فراشا كالمعقودة الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف
حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد
الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج وهذا الذي ذكرناه حكم فاما الديانة فان كان
وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان
عزل عنها ولم يحصنها جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر يقابله ظاهر آخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه
روايتان اخريان عن ابي يوسف رح وعن محمد رح ذكرناهما في كفاية المنتهى فان زوجها

المولى من رجل فجاءت بولد فهو في حكم امه لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير
الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة رقيق والنسب يثبت من الزوج لان الفراش
له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام واذا ادعاه المولى لا
يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد وتصير الامة ام ولد له لاقراره
واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب ان النبي عليه السلام
امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة
الى الولد اصلية فتقدم على حق الورثة والدين كالتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما
هو من زوائد الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست
بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص
بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها
وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية وقال زفر رح تعتق في الحال
والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فابى فان اسلم
تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجبة وذلك بالبيع او الاعتاق
وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها مكاتبة لانه يندفع
الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها على الكسب نيلا لشرف الحرية
فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى في الكسب ومالية ام الولد
يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده ولانها ان لم تكن متقومة فحرمتها محترمة وهذا
يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا احد الاولياء يجب المال للباقين
ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو عجزت في حياته لا ترد قنة لانها
لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن استولد امة غيره بالنكاح ثم ملكها
صارت ام ولد له وقال الشافعي رح لا تصير ام ولد له ولو استولدها بملك يمين ثم
استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو ولد المغرور له انها علقت
برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية الولد
باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب
هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما
كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد
الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى

وقال في الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الولد وهي غير ثابتة واذا وطئ الاب
جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها
وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد
لانه انعلق حر الاصل لاستناد الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ اب الاب مع بقاء
الاب لم يثبت النسب لانه لا ولاية للجد حال قيام الاب وان كان الاب ميتا ثبتت
من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته
لانه قاطع للولاية واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه
منه لانه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه
لا يتجزى وهو العلوق اذ الولد الواحد لا ينعلق من مائين وصارت ام ولد له لان
الاستيلاد لا يتجزى عنده وعندهما يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ
هو قابل للملك ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد
ويضمن نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه
الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت
شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت
مستندا الى وقت العلوق فلم ينعلق شيء منه على ملك شريكه واذا ادعياه معا ثبت نسبه
منهما معناه اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي يرجع الى قول القائف لان اثبات النسب
من شخصين مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول
الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف في اسامة بن زيد رضي الله عنهما ولنا كتاب عمر رضي الله عنه الى شريح
في هذه الحادثة لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي
منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك ولانهما
استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق
به احكام متجزئة فما يقبل التجزئة يثبت في حقهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد
منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد الشريكين اب الآخر او كان مسلما
والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في
نصيب الابن وسرور النبي عليه السلام فيما روي لان الكفار كانوا يطعنون في نسب
اسامة وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به قال وكانت الامة
ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه من الولد فيصير نصيبه منها ام ولد له تبعا

فادعاه ثبت نسبه منه

تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرث الابن من كل
واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه ميراث
اب واحد لاستوائهما في السبب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت
بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر
تصديقه اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى لا يملك
التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا يعتبر تصديق الابن
قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد
لما ذكرناه قال وقيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب
كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه
لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور فان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت
لما بينا انه لا بد من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب اذ هو المانع

كتاب الايمان

الايمان ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين المنعقدة ويمين اللغو فالغموس
هو الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عليه السلام من
حلف كاذبا ادخله الله النار ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وقال الشافعي فيها
الكفارة لانها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا
فاشبه المعقودة ولنا انها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط
فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو
متأخر متعلق باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الالحاق والمنعقدة ما
يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته
الكفارة لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان
وهو ما ذكرنا ويمين اللغو ان يحلف على امر ماض وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه
فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها ومن اللغو ان يقول والله انه لزيد
وهو يظنه زيدا وانما هو عمرو والاصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم
الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره و
الناسي سواء حتى تجب الكفارة لقوله عليه السلام ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح
والطلاق واليمين والشافعي يخالفنا في ذلك وسنبين ذلك في الاكراه ان شاء

قال ومن فعل المحلوف عليه مكرهاً او ناسياً فهو سواء لان الفعل الحقيقي لا ينعدم
بالاكراه وهو الشرط وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو
كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب

باب ما يكون يميناً وما لا يكون يميناً

قال واليمين بالله تعالى او باسم آخر من اسمائه كالرحمن والرحيم او بصفة من
صفات ذاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه لان الحلف بها متعارف
ومعنى اليمين وهو القوة حاصل لانه يعتقد تعظيم الله تعالى وصفاته فصلح ذكره حاملاً او مانعاً
قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يميناً لانه غير متعارف ولانه يذكر ويراد به المعلوم
يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفاً
وكذا ورحمة الله لان الحلف بها غير متعارف ولان الرحمة قد يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة
والغضب والسخط يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفاً كالنبي والكعبة لقوله
عليه السلام من كان منكم حالفاً فليحلف بالله او ليذر وكذا اذا حلف بالقرآن لانه غير
متعارف قال رضي الله عنه معناه ان يقول والنبي والقرآن اما لو قال انا بريء منهما
يكون يميناً لان التبري منهما كفر قال والحلف بحروف القسم وحروف القسم الواو
كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله لان كل ذلك معهود في الايمان
ومذكور في القرآن وقد يضمر الحرف فيكون حالفاً كقوله الله لا افعل كذا لان حذف
الحرف من عادة العرب ايجازاً ثم قيل ينصب لانتزاع الحرف الخافض وقيل يخفض فتكون
الكسرة دالة على المحذوف وكذا اذا قال لله في المختار لان الباء تبدل بها قال الله تعالى
آمنتم له اي آمنتم به قال ابو حنيفة رحمه الله اذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول
محمد رحمه الله واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله وعنه رواية اخرى انه يكون يميناً لان الحق من
صفات الله وهو حقيته فصار كانه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما
انه يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه فيكون حلفاً بغيره قالوا ولو قال والحق يكون
يميناً ولو قال حقاً لا يكون يميناً لان الحق من اسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد
ولو قال اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف
لان هذه الالفاظ مستعملة في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال
بقرينة فجعل حالفاً في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد انك لرسول
الله ثم قال اتخذوا ايمانهم جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فيصرف

اليه ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير
الله ولو قال بالفارسية سوگند ميخورم بخداي يكون يميناً لانه للحال ولو قال سوگند
ميخورم بطلاق زنم لا يكون يميناً لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله
وايم الله لان عمر الله بقاء الله وايم الله معناه ايمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله و
ايم صلة كالواو والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لان
العهد يمين قال الله تعالى واوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا اذا قال علي نذر
او علي نذر الله لقوله عليه السلام من نذر نذراً ولم يسم فعليه كفارة يمين ولو قال ان فعلت كذا
فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يميناً لانه لما جعل الشرط علماً على الكفر فقد اعتقده واجب
الامتناع وقد امكن القول بوجوبه لغيره بجعله يميناً كما نقول في تحريم الحلال ولو قال
ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس ولا يكفر اعتباراً بالمستقبل وقيل يكفر لانه تنجيز معنى
فصار كما اذا قال هو يهودي والصحيح انه لا يكفر فيهما ان كان يعلم انه يمين وان كان
عنده انه يكفر بالحلف يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم على الفعل ولو قال ان فعلت
كذا فعليه غضب الله او سخط الله فليس بحالف لانه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط
ولانه غير متعارف وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر
او آكل ربا لان حرمة هذه الاشياء تحتمل النسخ والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولانه ليس بمتعارف

فصل في الكفارة

قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار و
ان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوباً فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء
اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام
عشرة مساكين الآية وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلاثة قال فان
لم يقدر على احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي رحمه الله يخير لاطلاق
النص ولنا قراءة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلاثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور
ثم المذكور في الكتاب في بيان ادنى الكسوة مروي عن محمد رحمه الله وعن ابي حنيفة وابي يوسف
ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل وهو الصحيح لان لابسه يسمى عرياناً في
العرف لكن ما لا يجزئه عن الكسوة يجزئه عن الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على
الحنث لم يجزه وقال الشافعي رحمه الله يجزيه بالمال لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه
التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر الجناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لانه
مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف

على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا فينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه السلام من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلنا تفويت البر الى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه لانه ليس باهل لليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل للكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وقال الشافعي رح لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا كان او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت يتناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح وجه الاستحسان ان المقصود وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن المأكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام للعرف واختلفوا في قوله هرچه بدست راست گيرم بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به لقوله عم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزأه من ذلك كفارة يمين وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهذا التفصيل هو الصحيح فصل ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه لقوله عليه الصلوة والسلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين باب اليمين

باب اليمين في الدخول والسكنى

ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة فيها في بعض الاوقات وصار كالشتوي والصيفي وقيل هذا اذا كانت الصفة ذات حوائط اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب مجرى على اطلاقه وهو الصحيح فصل ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا فدخله لم يحنث لانه لم يبق دارا لاعتراض اسم آخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه لانه لا يعود اسم الدار وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لم يحنث لان الاسم لم يبق بعد الانهدام فصل ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز الدار وما فيها فلم يكن خارجا من الدار فصل ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء وجه الاستحسان ان الدخول لا دوام له لانه انفصال من الخارج الى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته وكذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته وقال زفر رح يحنث لوجود الشرط وان قل ولنا ان اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحققه فان لبث على ذلك ساعة

لأن هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما
ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت ولو نوى الابتداء
الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه قال ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه
ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث لأنه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه فيها
عرفا فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار
ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما يروى عن أبي يوسف لأنه لا
يعد ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب
ثم قال أبو حنيفة لا بد من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد يحنث لأن السكنى قد ثبتت بالكل
فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال
محمد يعتبر نقل ما يقوم به كدخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن
وأرفق بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر وإن انتقل إلى السكة أو إلى
المسجد قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا
آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله فأخرجه
حنث لأن فعل المأمور مضاف إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت ولو أخرجه
مكرها لم يحنث لأن الفعل لم ينتقل إليه لعدم الأمر ولو حمله برضاه لا بأمره لم يحنث في
الصحيح لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها
ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث لأن الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج
قال ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد
مكة وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث
حتى يدخلها لأنه عبارة عن الوصول قال رحمه الله ولو حلف لا يذهب
إليها قيل هو كالإتيان وقيل كالخروج وهو الأصح لأنه عبارة عن الزوال وإن
حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء حياته لأن
البر قبل ذلك مرجو قال ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على استطاعة
الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير وقال إذا لم يمرض ولم يمنعه السلطان و
لم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث وإن عنى استطاعة القضاء دين فيما
بينه وبين الله تعالى وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل ويطلق الاسم

على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه وتصح نية الأول ديانة
لأنه نوى حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء أيضا لما بينا وقيل لا يصح لأنه خلاف الظاهر قال و
من حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير إذنه
حنث ولا بد من الإذن في كل خروج لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن وما وراءه داخل
في الحظر العام ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر
قال ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بعدها بغير إذنه لم يحنث لأن
هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما إذا قال حتى آذن لك ولو أرادت المرأة الخروج فقال
إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك إذا أراد رجل ضرب عبده
فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين فور وتفرد أبو حنيفة بإظهاره
ووجهه أن مراد المتكلم الزجر عن تلك الضربة والخرجة عرفا ومبنى الأيمان على العرف ولو قال
له رجل اجلس فتغد عندي فقال إن تغديت فعبدي حر فخرج فرجع إلى منزله فتغدى لم يحنث لأن
كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف إلى الغداء المدعو إليه بخلاف ما
إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدئا قال ومن حلف لا
يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون لم يحنث عند أبي حنيفة
إلا أنه إذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وإن نوى لأنه لا ملك للمولى فيه عنده
وإن كان الدين غير مستغرق أو لم يكن عليه دين لا يحنث ما لم ينوه لأن الملك فيه
للمولى لكنه يضاف إلى العبد عرفا وكذا شرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله
مال فماله للبائع الحديث فتختل الإضافة إلى المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف
في الوجوه كلها يحنث إذا نواه لاختلال الإضافة وقال محمد يحنث وإن لم ينوه لاعتبار
حقيقة الملك إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد عنده

باب اليمين في الأكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج
منه لأنه سبب له فيصلح مجازا عنه لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالخل والنبيذ و
الدبس المطبوخ قال ولو حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا إذا حلف
لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا اللبن فصار تمرا أو صار اللبن شيرازا لأن صفة الرطوبة
والبسورة داعية إلى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف
اليمين إلى ما يتخذ منه بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعدما صار
شيخا حنث لأن هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي داعيا في الشرع وتا

صفة الصبا داعية الى المرحمة لا الى الهجران فلا يعتبر ويتعلق اليمين بالذات وقد مر ولو حلف
لا يأكل لحم هذا الحمل فأكله بعد ما صار كبشا حنث لان صفة الصغر في هذا ليست بداعية الى
اليمين فان الممتنع عنه اكثر امتناعا من لحم الكبش ق ومن حلف لا يأكل بسرا
فأكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر ومن حلف لا يأكل رطبا او لا بسرا فأكل مذنبا حنث عند ابي
حنيفة رح وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان
الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون
آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل
الكثير ق ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء
يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث لان الاكل يصادف شيئا فشيئا
فكان كل واحد منهما مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا او لا يأكله فاشترى حنطة
فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ق ولو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم السمك
لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القرآن وجه الاستحسان ان التسمية مجازية
لان اللحم منشؤه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء فان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث
لانه لحم حقيقي الا انه حرام واليمين قد يعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل كبدا او كرشا
لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث لانه لا يعد لحما ق لا يأكل
شحما او لا يشتري لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة رح وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا
وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشأ
من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا يحنث بأكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه
في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال
ولو حلف لا يأكل او لا يشتري لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث حتى لا
يستعمل استعمال اللحوم والشحوم ق ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها
ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه
عرفا ولابي حنيفة رح ان لها حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتؤكل قضما وهي قاضية على
المجاز المتعارف على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف
لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله حتى يقضمها ق ولو حلف لا يأكل
من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف الى ما يتخذ منه ولو استفه
كما هو لم يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر

اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف
لا يحنث لانه لا يسمى خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمله وكذا لو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث
لانه غير متعارف عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلدة طعامهم ذلك يحنث ق
ولو حلف لا يأكل الشواء فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق
الا ان ينوي ما يشوى من بيض او غيره لمكان الحقيقة وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على
ما يطبخ من اللحم وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص
هو متعارف وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من
مرقه يحنث لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ق ومن حلف لا يأكل الرؤوس
فيمينه على ما يكبس في التنانير ويباع في المصر وفي الجامع الصغير لو حلف لا يأكل رأسا فهو على رؤوس البقر والغنم
عند ابي حنيفة رح وقالا على الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمانه
فيهما وفي زمنهما في الغنم خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر
ق واذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم
يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا حنث في
العنب والرمان والرطب ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام
وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه
به معتادا حتى لا يحنث بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها
وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب
والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم
بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها فاوجب
قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها من التوابل او من
الاقوات ولو حلف لا يأتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام فالشواء ليس بادام والملح
ادام وهذا عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح لان الادام من المؤادمة وهي الموافقة وكل
ما يؤكل مع الخبز فهو موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا
والتبعية في الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة
في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل
بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل وحده
الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح واذا حلف

وقال محمد هو كل ما يؤكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية عن ابي يوسف

لا يتغدى فالغداء الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر والعشاء من صلوة الظهر إلى نصف
الليل لأن ما بعد الزوال يسمى عشاء ولهذا تسمى الظهر إحدى صلوتي العشاء في الحديث
والسحور من نصف الليل إلى طلوع الفجر لأنه مأخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء
والعشاء ما يقصد به الشبع عادة وتعتبر عادة أهل كل بلدة في حقهم ويشترط أن يكون
أكثر من نصف الشبع ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال عنيت
شيئا دون شيء لم يدين في القضاء وغيره لأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب
وما يضاهيه غير مذكور تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وإن قال إن لبست
ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لأنه نكرة في محل الشرط
فتعم فعملت نية التخصيص فيه إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب
من دجلة فشرب منها بإناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة رح وقالا إذا شرب
بإناء يحنث لأنه المتعارف المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة
ولهذا يحنث بالكرع إجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا وإن حلف لا
يشرب من ماء دجلة فشرب منها بإناء حنث لأنه بعد الاغتراف بقي منسوبا إليه وهو الشرط
فصار كما إذا شرب من ماء نهر يأخذ من دجلة ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز
اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فإن كان فيه ماء فأهريق قبل الليل لم
يحنث عند أبي حنيفة رح ومحمد رح وقال أبو يوسف رح يحنث في ذلك كله يعني إذا مضى
اليوم وعلى هذا الخلاف إذا كانت اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين
وبقائها التصور عندهما خلافا لأبي يوسف رح لأن اليمين إنما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر ليمكن
إيجابه وله أنه يمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف وهو الكفارة
قلنا لا بد من تصور الأصل لتنعقد في حق الخلف ولهذا لا تنعقد الغموس موجبة للكفارة
ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الأول لا يحنث عندهما وعند أبي يوسف رح
يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا فأبو يوسف رح فرق بين
المطلق والموقت ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل إلا في آخر الوقت
فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث في الحال وهما
فرقا بينهما ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر كما فرغ فإذا فات البر بفوات ما عقد
عليه اليمين يحنث في يمينه كما إذا مات الحالف والماء باق أما في الموقت يجب البر
في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور فلا يجب البر فيه وتبطل

اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن
هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رح لا تنعقد لأنه مستحيل عادة فأشبه
المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة لأن الصعود إلى السماء ممكن حقيقة
ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى وإذا كان متصورا ينعقد
اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت عادة كما إذا مات الحالف فإنه يحنث
مع احتمال إعادة الحيوة بخلاف مسئلة الكوز لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء
فيه لا يتصور فلم ينعقد

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث لأنه قد كلمه
ووصل إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم
لتغافله وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه مشايخنا لأنه إذا لم ينتبه
كان كما إذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه
فأذن له ولم يعلم بالإذن حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام
أو من الوقوع في الأذن وكل ذلك لا يتحقق إلا بالسماع وقال أبو يوسف رح لا يحنث
لأن الإذن هو الإطلاق وأنه يتم بالآذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب ولا
كذلك الإذن على ما مر وإن حلف لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف لأنه لو لم يذكر الشهر
لتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ما وراءه فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما
إذا قال والله لأصومن شهرا لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذكره لتقدير الصوم به
وأنه منكر فالتعيين إليه وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلوته لم يحنث وإن قرأ
في غير صلوته حنث وعلى هذا التهليل والتكبير والتسبيح وفي القياس يحنث فيهما وهو
قول الشافعي رح لأنه كلام حقيقة ولنا أن القراءة في الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا
قال عليه الصلوة والسلام إن صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا
لا يحنث في غير الصلوة أيضا لأنه لا يسمى متكلما بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم أكلم فلانا
فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لأن اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت
قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لا يمتد وإن عنى النهار خاصة دين في
القضاء لأنه مستعمل فيه أيضا وعن أبي يوسف رح أنه لا يدين في القضاء لأنه خلاف المتعارف
ولو قال ليلة أكلم فلانا فهو على الليل خاصة لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة
وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان

أو قال حتى يقدم فلان أو إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه
قبل القدوم أو الإذن حنث ولو كلمه بعد القدوم أو الإذن لم يحنث لأنه غاية لليمين
باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء اليمين وإن مات فلان
سقطت اليمين خلافا لأبي يوسف رح لأن الممنوع عنه كلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم
يبق بعد الموت متصور الوجود مع اليمين لأن الكلام ينتهي بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور
الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور ليس بشرط فعند سقوط الغاية تتأبد اليمين ومن
حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان
عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه فكلمهم لم يحنث لأنه عقد يمينه على فعل واقع
في محل مضاف إلى فلان إما إضافة ملك أو إضافة نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رضي الله
عنه هذا في إضافة الملك بالاتفاق وفي إضافة النسبة عند محمد رح يحنث كالمرأة والصديق
قال في الزيادات لأن هذه الإضافة للتعريف لأن المرأة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط
دوامها فيتعلق الحكم بعينه كما في الإشارة وجه ما ذكر ههنا وهو رواية الجامع الصغير أنه يحتمل
أن يكون غرضه هجرانه لأجل المضاف إليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الإضافة بالشك وإن
كانت يمينه على عبد بعينه بأن قال عبد فلان هذا أو امرأة فلان بعينها أو صديق فلان
بعينه لم يحنث في العبد وحنث في المرأة والصديق وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف
قال محمد رح يحنث في العبد أيضا وهو قول زفر رح وإن حلف لا يدخل دار فلان هذه
فباعها ثم دخلها فهو على الاختلاف وجه قول محمد وزفر رح أن الإضافة للتعريف والإشارة
أبلغ منها في كونها قاطعة للشركة فاعتبرت الإشارة ولغت الإضافة وصار كالصديق والمرأة ولهما
أن الداعي إلى اليمين معنى في المضاف إليه لأن هذه الأعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها
وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فتتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف ما إذا
كانت الإضافة إضافة نسبة كالصديق والمرأة لأنه يعادى لذاته فكانت الإضافة
للتعريف والداعي لمعنى في المضاف إليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم ومن حلف
لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لأن هذه الإضافة لا تحتمل إلا التعريف لأن
الإنسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما إذا أشار إليه ومن حلف لا يكلم
هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لأن الحكم تعلق بالمشار إليه إذ الصفة في
الحاضر لغو وهذه الصفة ليست بداعية إلى اليمين على ما مر من قبل **فصل** ومن حلف لا
يكلمه حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر لأن الحين قد يراد به الزمان القليل

ويراد به أربعون سنة قال الله تعالى هل أتى
على الإنسان حين من الدهر ويراد به ستة أشهر قال الله تعالى تؤتي أكلها كل حين
بإذن ربها وهذا هو الوسط فينصرف إليه وهذا لأن القليل لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع
فيه عادة والمؤبد لا يقصد غالبا لأنه بمنزلة الأبد ولو سكت عنه يتأبد فيتعين ما ذكرناه
وكذا الزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد
وهذا إذا لم تكن له نية أما إذا نوى شيئا فهو على ما نوى لأنه حقيقة كلامه **وكذا**
الدهر عند أبي يوسف ومحمد رح وقال أبو حنيفة رح الدهر لا أدري ما هو
وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح أما المعرف بالألف واللام يراد به الأبد عرفا
لهما أن دهرا يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى
واحد وأبو حنيفة رح توقف في تقديره لأن اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف
استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو حلف لا يكلمه أياما فهو على ثلاثة أيام لأنه اسم جمع ذكر
منكرا فيتناول أقل الجمع وهو الثلاث وإن حلف لا يكلمه الأيام فهو على عشرة أيام عند أبي
حنيفة رح وقالا على أيام الأسبوع **ولو** حلف لا يكلمه الشهور فهو على عشرة
أشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لأن اللام للمعهود وهو ما ذكرناه لأنه يدور عليها وله أنه
جمع معرف فينصرف إلى أقصى ما يذكر بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في
الجمع والسنين وعندهما ينصرف إلى العمر لأنه لا معهود دونه ومن قال لعبده إن
خدمتني أياما كثيرة فأنت حر فالأيام الكثيرة عند أبي حنيفة رح عشرة أيام لأنه أكثر ما يتناوله
اسم الأيام وقالا سبعة أيام لأن ما زاد عليها تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية
ينصرف إلى سبعة أيام لأنه يذكر فيها بلفظ الفرد دون الجمع والله أعلم وأحكم بالصواب

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك إذا
قال لأمته إذا ولدت ولدا فأنت حرة لأن الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به
في العرف ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وأمه أم ولد له
فيتحقق الشرط وهو ولادة الولد ولو قال إذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم
آخر حيا عتق الحي وحده عند أبي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لأن الشرط قد تحقق
بولادة الميت على ما بيناه فتنحل اليمين لا إلى جزاء لأن الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولأبي
حنيفة رح أن مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحياة لأنه قصد إثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية

تظهر حالة في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحياة فصار كما إذا قال إذا ولدت
ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الأم لأنه لا يصلح مقيدا ولو قال أول عبد أشتريه فهو
حر فاشترى عبدا عتق لأن الأول اسم لفرد سابق وإن اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق واحد
منهم لانعدام التفرد في الأولين والسبق في الثالث فانعدمت الأولية وإن قال أول عبد
أشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لأنه يراد به التفرد في حالة الشراء لأن وحده للحال لغة
والثالث سابق في هذا الوصف وإن قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق
الآخر لأنه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق يوم اشتراه عند أبي حنيفة حتى يعتبر من جميع
المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر من الثلث لأن الآخرية لا تثبت إلا بعدم شراء غيره بعده
وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولأبي حنيفة أن الموت
معرف فأما الاتصاف بالآخرية فمن وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلقات
الثلث به ومعناه تظهر في جريان الإرث وعدمه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة
فهو حر فبشره ثلثة متفرقين عتق الأول لأن البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط
كونه سارا في العرف وهذا إنما يتحقق من الأول وإن بشروه معا عتقوا جميعا لأنها تحققت
من الكل ومن قال إن اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لأن الشرط
قران النية بعلة العتق وهي اليمين فأما الشراء فشرطه وإن اشترى أباه ينوي به كفارة يمينه أجزأه
عندنا خلافا لزفر والشافعي لهما أن الشراء شرط العتق فأما العلة فهي القرابة وهذا
لأن الشراء إثبات الملك والإعتاق إزالته وبينهما منافاة ولنا أن شراء القريب إعتاق
لقوله عليه الصلوة والسلام لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه
جعل نفس الشراء إعتاقا لأنه لا يشترط غيره وصار نظير قوله سقاه
فأرواه قال ولو اشترى أم ولده لم يجزه ومعنى هذه المسألة أن يقول لأمة قد استولدها
بالنكاح إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فإنها تعتق لوجود الشرط ولا تجزيه
عن الكفارة لأن حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف إلى اليمين من كل وجه بخلاف ما إذا
قال لقنة إن اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها حيث تجزيه عنها لأن حريتها غير
مستحقة بجهة أخرى فلم تختل الإضافة إلى اليمين وقد قارنته النية قال ومن قال إن تسريت
جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لأن اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها
الملك وهذا لأن الجارية منكرة في هذا الشرط فتتناول كل جارية على الانفراد وإن اشترى جارية
فتسراها لم تعتق خلافا لزفر فإنه يقول التسري لا يصح إلا في الملك فكان ذكره ذكر الملك

ذكره ذكر الملك فصار كما إذا قال لأجنبية إن طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا
ولنا أن الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق
صحة الجزاء وهو الحرية وفي مسألة الطلاق إنما يظهر في حق الشرط دون الجزاء حتى لو قال لها
إن طلقتك فأنت طالق ثلثا فتزوجها وطلقها واحدة لا تطلق ثلثا فهذه وزان
مسألتنا ومن قال كل مملوك لي حر تعتق أمهات أولاده ومدبروه وعبيده
لوجود الإضافة المطلقة فيهم إذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه
إلا أن ينويهم لأن الملك غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة
بخلاف أم الولد والمدبرة فاختلت الإضافة فلا بد من النية قال ومن قال لنسوة له
هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الأخيرة وله الخيار في الأوليين لأن كلمة
أو لإثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الأوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة
لأن العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما إذا قال إحداكما طالق وهذه وكذا إذا قال
لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الأخير وله الخيار في الأولين لما بينا والله أعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع أو لا يشتري أو لا يؤاجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لأن
العقد وجد من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث
في يمينه فلم يوجد ما هو الشرط وهو العقد من الآمر وإنما الثابت له حكم العقد إلا أن
ينوي ذلك لأن فيه تشديدا أو يكون الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لأنه يمنع نفسه
عما يعتاده قال ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث
لأن الوكيل فيها سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه إلى نفسه بل إلى الآمر وحقوق العقد ترجع
إلى الآمر لا إليه ولو قال عنيت أن لا أتكلم به لم يدين في القضاء خاصة وسنذكر
الفرق إن شاء الله تعالى قال ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته
فأمر غيره ففعل يحنث في يمينه لأن المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته فيملك توليته
غيره ثم منفعته راجعة إلى الآمر فيجعل هو مباشرا إذ لا حقوق له ترجع إلى المأمور ولو قال
عنيت أن لا أتولى ذلك بنفسي دين في القضاء بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره
ووجه الفرق أن الطلاق ليس إلا تكلم بكلام يفضي إلى وقوع الطلاق عليها والأمر بذلك
مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فإذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة لا
قضاء أما الضرب والذبح ففعل حسي يعرف بأثره والنسبة إلى الآمر بالتسبيب مجاز فإذا

فاذا نوى الطلاق بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضاء قال ومن حلف لا
يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة الضرب عائدة الى الولد وهو
التأديب والتثقيف فلم ينسب فعله الى الآمر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الائتمار عائدة
الى الآمر فيضاف فعله اليه ومن قال ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس
المحلوف عليه ثوبه في ثيابه فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع
فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف ما اذا
قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بامره او بغير امره
علم بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي الاختصاص به
وذلك ان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل
والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم فيه بين الوجهين قال ومن قال هذا
العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه قائم فينزل
الجزاء وكذلك لو قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعتق ايضا لان الشرط
قد تحقق وهو الشراء والملك قائم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا على اصله لان
هذا العتق يتعلقه فالمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا عليه فكذا هذا
قال ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق فاعتق او دبر طلقت
امرأته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع واذا قالت المرأة لزوجها
تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق طلقت هذه التي حلفته في القضاء وعن ابي يوسف
انها لا تطلق لانه اخرجه جوابا فينطبق عليه ولان غرضه ارضاؤها وهو بطلاقها فيتقيد
به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ وقد يكون غرضه ايحاشها
حين اعترضت عليه فيما احله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا وان نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء
لانه تخصيص العام

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة

ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله تعالى او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة
ماشيا وان شاء ركب واهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء لانه التزم ما ليس بقربة واجبة
ولا مقصودة في الاصل ومذهبنا مأثور عن علي رضي الله عنه ولان الناس تعارفوا ايجاب الحج
والعمرة بهذا اللفظ فصار كما اذا قال علي زيارة البيت ماشيا فيلزمه ماشيا وان ركب
واهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج او الذهاب الى بيت الله تعالى
فلا شيء عليه لان التزام الحج او العمرة بهذا اللفظ غير متعارف ولو قال علي المشي الى الحرم او

او الى الصفا او الى المروة فلا شيء عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا في قوله علي المشي الى
الحرم حجة او عمرة ولو قال علي المشي الى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف لهما
ان الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما
منفصلان عنه وله ان التزام الاحرام بهذه العبارة غير متعارف ولا يمكن ايجابه باعتبار
حقيقة اللفظ فامتنع اصلا قال ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت
وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته
انتفاء الحج فيتحقق الشرط ولهما انها قامت على النفي لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات
التضحية لانه لا مطالب لها فصار كما اذا شهدوا انه لم يحج غاية الامر ان هذا النفي
مما يحيط علم الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا قال ومن حلف لا يصوم
فنوى الصوم فصام ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن
المفطرات على قصد التقرب ولو حلف لا يصوم يوما او صوما فصام ساعة ثم افطر لا يحنث لانه
يراد به الصوم التام المعتبر شرعا وذلك بانهائه الى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة
قال ولو حلف لا يصلي فقام فقرأ وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث
والقياس ان يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان ان الصلوة عبارة
عن الاركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا يسمى صلوة بخلاف الصوم لانه ركن واحد وهو الامساك
ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلوة لم يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد به الصلوة
المعتبرة شرعا واقلها ركعتان للنهي عن البتيراء

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه
فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهديه حتى تغزل من قطن ملكه ومعنى الهدي
التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها لهما ان النذر انما يصح في الملك او
مضافا الى سبب الملك ولم يوجد لان اللبس وغزل المرأة ليسا من اسباب ملكه وله ان
غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه
ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لان القطن لم يصر مذكورا ومن
حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لانه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى ابيح
استعماله للرجال والتختم به لقصد الختم ولو كان من ذهب حنث لانه حلي ولهذا
لا يحل استعماله للرجال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث

يوم حلف

لانه حلي حقيقة حتى سمي به في القرآن وفي قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وله انه
لا يتحلى به عرفا الا مرصعا ومبنى الايمان على العرف وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى
بقولهما لان التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام
حنث لانه تبع للفراش فيعد نائما عليه وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث لان مثل الشيء
لا يكون تبعا له فقطع النسبة عن الاول قال ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او
حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض بخلاف ما اذا حال بينه وبين الارض لباسه لانه تبع
فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث لانه يعد جالسا
عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا آخر لانه مثل الاول فقطع النسبة

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن
والايلام لا يتحقق في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة في قول العامة وكذا الكسوة
لانه يراد به التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو من الميت لا يتحقق الا ان ينوي
به الستر وقيل بالفارسية ينصرف الى اللبس قال وكذا الكلام والدخول لان المقصود
من الكلام الافهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت يزار
قبره لا هو ولو قال ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعدما مات يحنث لان الغسل هو الاسالة
ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها او خنقها
او عضها حنث لانه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الايلام وقيل لا يحنث في حال الملاعبة لانه يسمى
ممازحة لا ضربا ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته طالق وفلان ميت وهو عالم به حنث
لانه عقد يمينه على حياة يحدثها الله تعالى فيه وهو متصور فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وان لم يعلم به
لا يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه ولا تتصور فيعتبر بمسألة الكوز على
الاختلاف وليس في تلك المسألة تفصيل العلم هو الصحيح والله تعالى اعلم واحكم بالصواب

باب اليمين في تقاضي الدراهم

ومن حلف ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو
اكثر من الشهر لان ما دونه يعد قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد
العهد ما لقيتك منذ شهر ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد
فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب
لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحق صحيح فلا يرتفع

برده البر المتحقق وان وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من
الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما في الصرف والسلم قال وان باعه بها عبدا وقبضه
بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع فكأنه شرط القبض
ليتقرر به وان وهبها له يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة لان القضاء فعله والهبة اسقاط
من صاحب الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه
لم يحنث حتى يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف
القبض الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه
في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه قد يتعذر
قبض الكل دفعة واحدة عادة فيصير هذا القدر مستثنى عنه قال ومن قال ان
كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود
منه عرفا نفي ما زاد على المائة ولان استثناء المائة استثناء بجميع اجزائها وكذلك اذا
قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة الاستثناء مسائل متفرقة واذا
حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفى الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان
حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين
اذ المقام مقام الاثبات فيبر بأي فعل فعله وانما يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته
او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على
حال ولايته خاصة لان المقصود منه دفع شره او شر غيره بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال
سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية قال ومن حلف ان
يهب عبده لفلان فوهبه ولم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر فانه يعتبره بالبيع لانه
تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان المقصود
اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع فمعاوضة فاقتضى الفعل من الجانبين قال و
من حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا للعرف ولهذا يسمى بائعه
بائع البنفسج والشراء يبتنى عليه وقيل في عرفنا يقع على الورق وان حلف على الورد فاليمين على
الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج قاض عليه والله تعالى اعلم

كتاب الحدود

الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى
حتى لا يسمى القصاص حدا لما انه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلي من شرعه

ثم المحكوم به اما حقوق الله تعالى المراد بحق الله تعالى ما يتعلق به النفع العام من غير اختصاص باحد فينسب الى الله تعالى لعظم خطره
وشمول نفعه والا فباعتبار التخليق الكل سواء في الاضافة الى الله تعالى وله ما في السموات وما في الارض وباعتبار التضرر
والانتفاع هو متعال عن الكل ومعنى حق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة كحرمة مال الغير ولم يوجد قسم اخر اجتمع فيه حق الله تعالى
وحق العبد على التساوي في اعتبار الشارع اما حقوق الله تعالى فثمانية عبادات خالصة كالايمان وعقوبات كاملة
كالحدود وقاصرة كحرمان الميراث وحقوق دائرة بين الامرين كالكفارات وعبادة فيها معنى المؤنة كصدقة الفطر
ومؤنة فيها العبادة كالعشر ومؤنة فيها شبهة العقوبة كالخراج وحق قائم بنفسه كخمس الغنائم وذلك بحكم الاصول. تلويح

والطهرة ليست

الا انه جار مجرى ما يتعزز به العباد والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال والزنا
يثبت بالبينة والاقرار والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان
الصدق فيه مرجح لا سيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر
فيكتفى بالظاهر قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امراة بالزنا لقوله
تعالى فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء وقال عليه السلام
للذي قذف امراته ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان في اشتراط
الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم
الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عليه السلام
استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزني بها ولان الاحتياط في ذلك واجب لانه عساه غير
الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او في المتقادم من الزمان او كانت له
شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا
بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في
السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء قال
عليه السلام ادرؤوا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة
وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات ان شاء الله تعالى قال في الاصل يحبسه حتى
يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة بخلاف
الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال و
الاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر
كلما اقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر او غير موجب للحد
واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفى بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا
لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا ان
ماعزا فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس فلو ظهر
دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد فكذا الاقرار
اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد
المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر
اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما اقر فيذهب حيث لا يراه
ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة ولان النبي عليه الصلوة والسلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى

بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو و
كيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء
بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان التقادم يمنع
قبول الشهادة دون الاقرار وقيل لو سأله جاز لجواز انه زنى في صباه
فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد عليه او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله و
قال الشافعي وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب بالشهادة وصار كالقذف و
القصاص ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق والكذب كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فتتحقق
الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا
كذلك ما هو خالص حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك
لمست او قبلت لقوله عليه السلام لماعز لعلك مسستها او قبلتها قال في الاصل وينبغي ان
يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى فصل في
كيفية الحد واقامته واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت لانه عليه
السلام رجم ماعزا وقد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا
اجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا
روي عن علي رضي الله عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في
بداءته احتيال للدرء وقال الشافعي لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل احد لا يحسن الجلد فربما
يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فان امتنع الشهود من
الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات الشرط
وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية
بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا قال ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه
السلام في ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عليه
السلام على الغامدية بعد ما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه انتسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره معمولا به قال
ويأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رضي الله عنه لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته
والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار
وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود ولان التجريد
ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة في الضرب وفي نزع الازار كشف

العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر
لا متلف قال الا راسه ووجهه وفرجه لقوله عليه السلام للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير
ولان الفرج مقتل والراس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن فوات شيء منها
بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا وقال ابو يوسف يضرب الراس ايضا رجع اليه
وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رضي الله عنه اضربوا الراس فان فيه شيطانا قلنا تاويله انه قال ذلك
فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في
الحدود كلها قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا
ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على
الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق راسه وقيل ان يمده
بعد الضرب وذلك كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق فان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت الآية في الاماء ولان الرق منقص للنعمة
فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك
سواء لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها كشف
العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان
وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز لان النبي عليه السلام
حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لانه عليه السلام
لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر لما روينا
قال ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير في
الرجال والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي
له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه
الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان
المقصد منه اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب
عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبي وحق الشرع موضوع
عنه والاحصان الرجم ان يكون حرا بالغا عاقلا مسلما وقد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل
بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما
وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه
الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم

لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح
الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة شبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة
فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر اغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط
الاسلام وكذا ابو يوسف في رواية لهما ما روي ان النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا قلنا
كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر
في الدخول الايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى
لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا
باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة
المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف
مع الاختلاف في الدين وابو يوسف يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ما رويناه وقوله عليه السلام
لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في
المحصن بين الجلد والرجم لانه عليه السلام لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان
زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر
بين الجلد والنفي وقال الشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور ولان في التغريب
فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة
وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ
كشطره وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه
قال الا ان يرى الامام في ذلك مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد
يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة
واذا زنى المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان
حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد
واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد اذ هو نفس محترمة وان
كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض
فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن ابي حنيفة
انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد

عن الصبي وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للغامدية بعد ما وضعت ارجعي الى ان
يستغني ولدك ثم قيل تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان
الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

قال الوطء الذي يوجب الحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل
المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري
عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة في
الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وهي شبهة حكمية فالاولى تتحقق في حق من اشتبه عليه
لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام
الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني واعتقاده والحد يسقط بالنوعين
لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت في الاولى وان
ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر
عليه ولا كذلك في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية مواضع جارية ابيه وامه وزوجته
والمطلقة ثلثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق على مال وهي في العدة وام ولد اعتقها مولاها
وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب
الحدود والمستعير للرهن في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد عليه
اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في
ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم
والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة
في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها
علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم
به وعندهما لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان
شاء الله تعالى اذا عرفنا هذا فنقول قال ومن طلق امرأته ثلثا ثم وطئها
في العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية
وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه
خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر
الملك قائم في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد
اذا اعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة

بالاجماع وقيام بعض الآثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك
بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف
الصحابة رضوان الله عليهم فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في
سائر الكنايات وكذا اذا نوى ثلثا لقيام الاختلاف مع ذلك قال ولا حد على
من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية
لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك والابوة
قائمة في حق الجد ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه قال واذا
وطئ جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه
وان قال علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بين هؤلاء
انبساطا في الانتفاع فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة
فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان
الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط
في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا قال ومن زفت اليه
غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر قضى بذلك علي رض
وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين
امرأته وبين غيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي
يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة قال ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها
فعليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام
على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره
الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل
قال ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح
ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقالا والشافعي رح عليه الحد اذا كان عالما
بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل
التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهي من المحرمات ولابي حنيفة رح ان العقد
صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة
للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام الا انه تقاعد عن افادة
حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة

وليس فيها حد مقدر فيعزر قال ومن أتى امرأة في الموضع المكروه أو عمل عمل قوم
لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن وقالا
هو كالزنا فيحد وهو أحد قولي الشافعي وقال في قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام
اقتلوا الفاعل والمفعول به ويروى فارجموا الأعلى والأسفل ولهما أنه في معنى
الزنا لأنه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد
سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في موجبه من الإحراق بالنار و
هدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الأحجار وغير ذلك ولا هو في معنى
الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد واشتباه الأنساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام
الداعي في أحد الجانبين والداعي إلى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة
أو على المستحل إلا أنه يعزر عنده لما بينا قال ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه
لأنه ليس في معنى الزنا في كونه جناية وفي وجود الداعي لأن الطبع السليم ينفر عنه والحامل
عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لا يجب ستره إلا أنه يعزر لما بينا والذي
يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب قال و
من زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي
يحد لأنه التزم بإسلامه أحكامه أينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود في
دار الحرب ولأن المقصود هو الانزجار وولاية الإمام منقطعة فيها فيعرى الوجوب
عن الفائدة ولا تقام بعدما خرج لأنها لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة قال وإن
غزا من له ولاية الإقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره
لأنه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لأنه لم يفوض إليهما الإقامة وإذا دخل حربي
دارنا بأمان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة
ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد في الذمي يعني إذا زنى بحربية فأما إذا
زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد وهو قول أبي يوسف أولا وقال أبو يوسف
يحدون كلهم وهو قوله الآخر لأبي يوسف أن المستأمن التزم أحكامنا مدة
مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف
ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لأنه يعتقد إباحته ولأبي حنيفة أنه ما دخل للقرار بل لحاجته كا
لتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يتمكن من الرجوع إلى دار الحرب قال ولا يقتل
المسلم ولا الذمي به وإنما التزم من الحكم ما يرجع إلى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لأنه

لأنه لما طمع في الإنصاف يلتزم الانتصاف والقصاص وحد القذف من حقوقهم وأما حد الزنا
محض حق الشرع ولمحمد وهو الفرق أن الأصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة على ما
نذكره إن شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الأصل يوجب امتناعه في حق التبع أما
الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الأصل نظيره إذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين
البالغة من الصبي والمجنون ولأبي حنيفة أن فعل المستأمن زنا لأنه مخاطب بالحرمات
على ما هو الصحيح وإن لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها
بخلاف الصبي والمجنون لأنهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف إذا زنى المكره بالمطاوعة
تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد قال وإذا زنى الصبي والمجنون بامرأة
طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب الحد عليها وهو رواية
عن أبي يوسف وإن زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالإجماع
لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لأن كلا منهما
مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه وإنما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا
وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها إلا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم
الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من
قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه
الصفة فلا يناط به الحد قال ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة
يقول عليه الحد وهو قول زفر لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة
وذلك دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لأن الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا
كما في النائم فأورث شبهة قال وإن أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة
وقالا لا يحد لأن الإكراه عندهما يتحقق من غير السلطان لأن المؤثر خوف الهلاك وأنه
يتحقق من غيره وله أن الإكراه من غيره لا يدوم إلا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة
المسلمين ويمكنه دفعه بالسلاح والنادر لا حكم له ولا يسقط به الحد بخلاف السلطان لأنه
لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج عليه بالسلاح قال ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة
أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه
وعليه المهر في ذلك لأن دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين
فأورث شبهة وإذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع قال ومن زنى
بجارية فقتلها فإنه يحد وعليه القيمة معناه قتلها بفعل الزنا لأنه جنى جنايتين فيوفر على كل

منها كله وعن ابي يوسف رح انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة وصار كما اذا
اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه
كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولنا انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم
ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك
يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب
عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء فاورث شبهة قال
وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال
لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق
العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال
منها واما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم
الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب
خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى
تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رح هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين
ولنا ان الشاهد مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر
فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيه وان كان التأخير
لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه
فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم
فيها مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار
والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى
فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص
حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة
في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبا
لكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد
القضاء عندنا خلافا لزفر رح حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا
يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في

الجامع الصغير الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رح لم يقدر في
ذلك وفوضه الى راي القاضي في كل عصر وعن محمد رح انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل وهو
رواية عن ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة
شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم
في حد الشرب كذلك عند محمد رح وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء
الله تعالى قال ولو شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا
انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط
في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم قال وان شهدوا
انه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر وان اقر بذلك حد
لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران انها
طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر رح وقالا رح يحد الرجل
خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان
طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما وله انه اختلف المشهود عليه
لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط
الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في
ذلك قال وان شهد اثنان انه زنى بامرأة بالكوفة وآخران انه زنى بها بالبصرة درئ
الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على
كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رح لشبهة الاتحاد نظرا الى
اتحاد الصورة والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين
على الزنا في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان
ان التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب
او لان الواقع في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد
بحسبه وان شهد اربعة انه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنى بها عند طلوع
الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين و
اما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق قال وان شهد اربعة على امرأة بالزنا وهي
بكر درئ الحد عنهما وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسألة ان النساء نظرن
اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد

عمیان وﻻ یحد علیهم وان شهد اربعة علی رجل بالزنا وهم عمیان او محدودون فی قذف او
احدهم عبد او محدود فی قذف فانهم یحدون وﻻ یحد المشهود علیه ﻻنه ﻻ یثبت بشهادتهم المال
فکیف یثبت الحد وهم لیسوا من اهل اداء الشهادة والعبد لیس باهل التحمل واﻻداء فلم تثبت
شبهة الزنا ﻻن الزنا یثبت باﻻداء وان شهدوا بذلك وهم فساق او ظهر انهم فساق
لم یحدوا ﻻن الفاسق من اهل اﻻداء والتحمل وان کان فی ادائه نوع قصور لتهمة الفسق و
لهذا لو قضی القاضی بشهادته ینفذ عندنا فیثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصور فی اﻻداء
لتهمة الفسق یثبت شبهة عدم الزنا فلهذا یمتنع الحدان وسیاتی فیه خلاف الشافعی
بناء علی اصله ان الفاسق لیس من اهل اﻻداء والشهادة فهو کالعبد عنده قال وان
نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا ﻻنهم قذفة اذ ﻻ حسبة عند نقصان العدد وخروج
الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة علی رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم
وجد احدهم عبدا او محدودا فی قذف فانهم یحدون ﻻنهم قذفة اذ الشهود ثلثة
ولیس علیهم وﻻ علی بیت المال ارش الضرب وان رجم فدیته علی بیت المال قال رض
هذا عند ابی حنیفة رح وقاﻻ ارش الضرب ایضا علی بیت المال قال العبد الضعیف اذا کان جرحه
وعلی هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلی هذا اذا رجع الشهود ﻻ یضمنون عنده وعندهما
یضمنون لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ اﻻحتراز عن الجرح خارج عن الوسع
فینتظم الجارح وغیره فیضاف الی شهادتهم فیضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع یجب علی
بیت المال ﻻنه ینتقل فعل الجلاد الی القاضی وهو عامل للمسلمین فتجب الغرامة فی مالهم فصار
کالرجم والقصاص وﻻبی حنیفة رح ان الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غیر جارح وﻻ
مهلك فﻼ یقع جارحا اﻻ لمعنی فی الضارب وهو قلة هدایته فاقتصر علیه اﻻ انه ﻻ یجب
الضمان علیه فی الصحیح کیﻼ یمتنع الناس عن اﻻقامة مخافة الغرامة قال وان شهد اربعة
علی شهادة اربعة علی رجل بالزنا لم یحد لما فیه من زیادة الشبهة وﻻ ضرورة الی تحملها فان جاء
اﻻولون فشهدوا علی المعاینة فی ذلك المکان لم یحد ایضا معناه شهدوا علی ذلك
الزنا بعینه ﻻن شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع فی عین هذه الحادثة
اذ هم قائمون مقامهم باﻻمر والتحمیل وﻻ یحد الشهود ﻻن عددهم متکامل وامتناع الحد عن
المشهود علیه لنوع شبهة وهی کافیة لدرء الحد ﻻ ﻻیجابه واذا شهد اربعة علی رجل
بالزنا فرجم فکلما رجع واحد منهم حد الراجع وحده وغرم ربع الدیة اما الغرامة فﻼنه بقی من
یبقی بشهادته ثلثة ارباع الحق وقال الشافعی رح یجب القتل دون المال بناء علی اصله

اصله فی شهود القصاص وسنبینه فی الدیات ان شاء الله تعالی واما الحد فمذهب علمائنا
الثلثة وقال زفر رح ﻻ یحد ﻻنه ان کان قاذفا فقد بطل بالموت وان کان
شاهدا فهو مرجوم بحکم القاضی فیورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما تنقلب
قذفا بالرجوع ﻻن به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للمیت وقد انفسخت الحجة فینفسخ ما
یبتنی علیه وهو القضاء فی حقه فﻼ یورث الشبهة بخﻼف ما اذا قذفه غیره ﻻنه غیر محکوم
فی حق غیره لقیام القضاء فی حقه فان لم یحد المشهود علیه حتی رجع واحد منهم حدوا جمیعا وسقط
الحد عن المشهود علیه وقال محمد رح حد الراجع خاصة ﻻن الشهادة تاکدت بالقضاء فﻼ
تنفسخ اﻻ فی حق الراجع کما اذا رجع بعد اﻻمضاء ولهما ان اﻻمضاء من القضاء
فصار کما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود علیه ولو رجع
واحد منهم قبل القضاء حدوا جمیعا وقال زفر رح یحد الراجع خاصة ﻻنه ﻻ یصدق علی غیره و
لنا ان کﻼمهم قذف فی اﻻصل وانما یصیر شهادة باتصال القضاء به فاذا لم یتصل بقی
قذفا فیحدون فان کانوا خمسة فرجع احدهم فﻼ شیء علیه ﻻنه بقی من یبقی بشهادته کل
الحق وهو شهادة اﻻربع فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدیة اما الحد فلما ذکرنا واما
الغرامة فﻼنه بقی من یبقی بشهادته ثﻼثة ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقی ﻻ رجوع من رجع وان
شهد اربعة علی رجل بالزنا فزکوا فرجم فاذا الشهود مجوس او عبید فالدیة علی المزکین عند
ابی حنیفة رح معناه اذا رجعوا عن التزکیة وقال ابو یوسف ومحمد رحمهما الله هو علی بیت
المال وقیل هذا اذا قالوا تعمدنا التزکیة مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا علی الشهود
خیرا فصار کما اذا اثنوا علی المشهود علیه خیرا بان شهدوا علیه باﻻحصان وله ان الشهادة
انما تصیر حجة وعاملة بالتزکیة فکانت التزکیة فی معنی علة العلة فیضاف الحکم الیها بخﻼف
شهود اﻻحصان ﻻنه محض الشرط وﻻ فرق بین ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة او اخبروا وهذا
اذا اخبروا بالحریة واﻻسﻼم اما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبیدا ﻻ یضمنون ﻻن العبد قد
یکون عدﻻ وﻻ ضمان علی الشهود ﻻنه لم یقع کﻼمهم شهادة وﻻ یحدون حد القذف
ﻻنهم قذفوا حیا وقد مات فﻼ یورث عنه واذا شهد اربعة علی رجل بالزنا فامر
القاضی برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبیدا فعلی القاتل الدیة وفی القیاس یجب
القصاص ﻻنه قتل نفسا معصومة بغیر حق وجه اﻻستحسان ان القضاء صحیح ظاهرا وقت
القتل فاورث شبهة بخﻼف ما اذا قتله قبل القضاء ﻻن الشهادة لم تصر حجة
بعد وﻻنه ظنه مباح الدم معتمدا علی دلیل مبیح فصار کما اذا ظنه حربیا وعلیه عﻼمتهم

وتجب الدية في ماله لأنه عمد والعواقل لا تعقل العمد قال وتجب في بيت المال لأنه وجب بفعل القاضي وإن رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال لأنه امتثل أمر الإمام فنقل فعله إليه ولو باشره بنفسه تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما إذا ضرب عنقه لأنه لم يأتمر أمره وإذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لأنه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فأشبه الطبيب والقابلة وإذا شهد أربعة على رجل بالزنا فأنكر الإحصان وله امرأة قد ولدت منه فإنه يرجم معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لأن الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والإحصان يثبت بمثله فإن لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالإحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادة النساء غير مقبولة في غير الأموال وزفر يقول إنه شرط في معنى العلة لأن الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم إلى السبب شبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما إذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الإحصان عبارة عن الخصال الحميدة وأنها مانعة من الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما إذا شهدوا به في غير هذه الحالة بخلاف ما ذكر لأن العتق يثبت بشهادتهما وإنما لا يثبت سبق التاريخ لأنه يتضرر به المسلم أو يتضرر به المسلم فإن رجع شهود الإحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فأخذ وريحها موجودة أو جاؤوا به وهو سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك إذا أقر وريحها موجودة لأن جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والأصل فيه قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد وكذلك إذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رضي الله عنه فإن وجدتم رائحة خمر فاجلدوه ولأن قيام الأثر من أقوى دلالة على الشرب وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما تشتبه على الجهال وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد إلا عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا قال وإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر إلى مصر فيه الإمام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعا لأن هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي أن عمر رضي الله عنه أقام الحد على أعرابي سكر من النبيذ وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق إن شاء الله تعالى قال ولا حد على من وجد منه رائحة خمر أو تقيأها لأن الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن إكراه أو اضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لأن السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لإجماع الصحابة رضي الله عنهم يفرق على أعضائه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد رحمه الله أنه لا يجرد إظهارا للتخفيف لأنه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا قال وإن كان عبدا فحده أربعون لأن الرق منصف على ما عرف ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد لأنه خالص حق الله تعالى ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالإقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط الإقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك إن شاء الله تعالى ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لأن فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة قال العبد الضعيف وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لأنه هو السكران في العرف وإليه مال أكثر المشايخ وله أنه يؤخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءا للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء وما دون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قالاه بالإجماع أخذا بالاحتياط والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما لا ينضبط لأنه يتفاوت بتفاوت الأشخاص فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران بإقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر

بفرقانه ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر

باب حد القذف

وإذا قذف الرجل رجلاً محصناً أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده
الحاكم ثمانين سوطاً إن كان حراً لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات إلى أن قال فاجلدوهم ثمانين
جلدة الآية على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث والخلاف والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي
النص إشارة إليه وهو اشتراط الأربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف
لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق على
أعضائه لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد
الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو لأن ذلك يمنع إيصال الألم به وإن كان القاذف عبداً
جلد أربعين سوطاً لمكان الرق والإحصان أن يكون المقذوف حراً عاقلاً بالغاً مسلماً عفيفاً عن فعل
الزنا أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب أي الحرائر والعقل والبلوغ لأن العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق الزنا
منهما والإسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والعفة لأن غير العفيف لا يلحقه العار وكذا
القاذف صادق فيه ومن نفى نسب غيره وقال لست لأبيك فإنه يحد
وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة قذف لأمه لأن النسب إنما ينفى عن الزاني
لا عن غيره قال ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لأبيه الذي يدعى له يحد
ولو قال في غير غضب لا يحد لأن عند الغضب يراد به حقيقته سباً له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي
مشابهته أباه في أسباب المروءة ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد لأنه صادق في كلامه
ولو نسبه إلى جده لا يحد لأنه قد ينسب إليه مجازاً ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة وطالب
الابن بحده حد القاذف لأنه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت إلا من
يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف
متناولاً له معنى وعند الشافعي رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث لأن حد القذف يورث
عنده على ما نبين إن شاء الله تعالى وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث بل لما ذكرناه
ولهذا يثبت عندنا للمحروم ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافاً لزفر رحمه الله وإذا كان المقذوف
محصناً جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافاً لزفر رحمه الله هو يقول القذف يتناوله
معنى لرجوع العار إليه وليس طريقه الإرث عندنا فصار كما إذا كان متناولاً له صورة ومعنى ولنا
أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لأن الإحصان في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع

عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافاً لمحمد رحمه الله

فائدة

أيضاً

ليقع تعييراً على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق
بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الإحصان في
المنسوب إلى الزنا وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب
أباه بقذف أمه الحرة المسلمة لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الأب بسبب ابنه
ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق
السبب وانعدام المانع قال ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال
الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافاً له بناء على أنه يورث عنده
وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه شرع لدفع العار عن المقذوف
وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم إنه شرع زاجراً ومنه سمي حداً والمقصود
من شرع الزواجر إخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام
فإذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال إلى تغليب حق العبد تقديماً لحق العبد باعتبار
حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا إلى تغليب حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه
فيصير حق العبد مرعياً به ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع
إلا نيابة عنه وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الإرث إذ
الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فإنه لا يصح عفو المقذوف
عندنا ويصح عنده ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري
وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي رحمه الله ومن أصحابنا من قال إن الغالب حق
العبد وخرج الأحكام والأول أظهر قال ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل
رجوعه لأن للمقذوف فيه حقاً فيكذبه في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى
لأنه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لأنه يراد به التشبيه في الأخلاق أو عدم
الفصاحة وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا قال ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء
فليس بقاذف لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لأن ماء السماء لقب به
لصفائه وسخائه وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس بقاذف لأن كل واحد
من هؤلاء يسمى أباً أما الأول فلقوله تعالى وإله آبائك إبراهيم وإسماعيل وإسحاق وإسماعيل كان عماً
له والثاني لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال
عنيت صعود الجبل حد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يحد لأن المهموز
منه للصعود حقيقة قال امرأة من العرب وارق إلى الخيرات زنأً في الجبل وذكر الجبل يقرره مراداً

ولنا انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز و حالة الغضب والسباب يعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زانئ او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول مذكورا في الثاني ومن قال لامرأته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداءة بالحد ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت بعد قوله لها يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب عليها الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ما ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امرأة ومعها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه لقيام امارة الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا قال ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهي شرط الاحصان ولان القاذف صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ جارية

مؤبدة

بينه وبين آخر فلا حد عليه لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد ولو قذف رجلا اتى امته المجوسية او امرأته وهي حائض او مكاتبة له فعليه الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي مؤقتة ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح ولو قذف مكاتبا

ومات عن

وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح واذا دخل حربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي وموجب اذاه الحد واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على اهل الذمة وان تاب لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذ الاقل تابع للاكثر والاول اصح ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاخيران فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فتتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف او المقذوف به

متمم له
رد م

به وهو الزنا لا بدا قولان المغلب فيه حق العبد عنده. فصل في التعزير ومن قذف
عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد
لفقد الاحصان وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث
او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا مدخل للقياس في الحدود فوجب التعزير
الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية
الراي الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه
وقيل في عرفنا يعزر لانه يعد سبا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء
والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن
والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف رح
يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا والاصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو
من المعتدين واذا تعذر تبليغه حدا فابو حنيفة ومحمد رح نظرا الى ادنى الحد وهو حد العبد في القذف
فصرفاه اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف رح اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ
الاصل هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر رح وهو القياس وفي
هذه الرواية نقص خمسة وهو مأثور عن علي رضي الله عنه فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب
بثلث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رح ان ادناه على ما يراه
الامام يقدر بقدر ما يعلم انه ينزجر لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف رح
انه على قدر عظم الجرم وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد
الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب
في التعزير الحبس فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان يضم
اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال واشد الضرب
التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي
الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء قال ثم حد الزنا
لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رضي الله عنهم ولانه اعظم جناية حتى شرع
فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا
ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف ومن حده
الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المأمور لا يتقيد بشرط
السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات

فوجب التعزير

تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي رح تجب الدية في بيت المال لان
الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتأديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله
لعامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله تعالى
اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان

كتاب السرقة

قال السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق
السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتيك بيانه
ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار
على الاستسرار واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة
عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين
المالك او من يقوم مقامه قال واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما
يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب عليه القطع والاصل فيه قوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق
دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير وكذا
اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغلب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند
الشافعي رح التقدير بربع دينار وعند مالك رح بثلثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم والاخذ بالاقل
وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
اثني عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا لدرء الحد
وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة وقد تأيد ذلك بقوله عليه السلام لا قطع
الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك
اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى
لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل
لانه المتعارف في عامة البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير
الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان التنصيف
متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى
عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة كذا اعتبرنا في الزنا وكذا

ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى بها كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة
لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيئا لانه لا تهمة وباب الرجوع في
حق المال لا يصح اصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على
مورد الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي ان
يسألهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود
ان يسأل عن الشهود للتهمة قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم
عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد
منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب في حقه

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

قال ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك
والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة والاصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد
لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه اي الحقير وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير
مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يؤخذ على كره من المالك فلا
حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص الا يرى ان
الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة
العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك المالح
والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير وعن
ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما
جميعا ما ذكرنا قال ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله
عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام
والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما في معناه كاللحم والتمر لانه يقطع في الحنطة والسكر
اجماعا وقال الشافعي يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين او الجران
قطع قلنا اخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه
القطع قال ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الاحراز ولا
يقطع في الاشربة المطربة لان السارق يتأول في تناولها الاراقة ولان البعض ليس بمال وفي
مالية بعضها اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا في الطنبور لانه من المعازف
ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه
وعن ابي يوسف مثله وعنه ايضا يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من المصحف

المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر ان الآخذ يتأول في اخذه القراءة والنظر فيه ولانه
لا مالية له الا على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هي توابع
ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب ولا قطع في ابواب
المسجد لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل اولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز
بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه قال ولا الصليب من الذهب
ولا الشطرنج ولا النرد لانه يتأول من اخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذي
عليه التمثال لانه ما اعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن ابي يوسف انه ان كان في
المصلى لا يقطع لكمال المالية قال ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي
لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولانه يتأول في اخذه الصبي اسكاته او حمله الى مرضعته
وقال ابو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا
مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ او ثريد والخلاف في الصبي لا يمشي ولا
يتكلم كيلا يكون في يد نفسه قال ولا قطع في سرقة العبد الكبير لانه غصب او
خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقيقها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه والبالغ
سواء في اعتبار يده وقال ابو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم
استحسانا لانه آدمي من وجه ومال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به او
بعرضية ان يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لان
المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ
فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في سرقة كلب ولا فهد لان من جنسها
يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في ماليته
فاورث شبهة ولا قطع في سرقة الدف والطبل والبربط والمزمار لان عندهما لا
قيمة لها وعند ابي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والابنوس
والصندل لانها اموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام
ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لان هذه الاشياء من اعز الاموال و
انفسها ولا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب و
الفضة قال وان اتخذ من الخشب اواني وابواب قطع فيها لانها بالصنعة التحقت
بالاموال النفيسة الا يرى انه يحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس
حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على

كان لعدم الحرز وان كان في بيت آخر يقطع

على الاصل وانما يجب القطع في غير [illegible] وانما يجب اذا كان خفيفا لا [illegible]
لان التفريط [illegible] لا ترغيب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة لقصور في الحرز ولا منتهب
ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه السلام لا قطع في مختلس ولا منتهب ولا خائن
قال ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح والشافعي عليه
القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما
قوله عليه السلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان الشبهة تمكنت في الملك لانه لا
ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار
لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان
كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة
وفيه الميت لما قلنا ولا يقطع السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا
من مال للسارق فيه شركة لما قلنا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء
لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة
على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له ولاية الاستيفاء
الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه
او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى
لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق
منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد ومن
سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية
عن ابي يوسف رح وهو قول الشافعي رح لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل
ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق
ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد
وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا
الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف
باختلاف سببه ولان تكرار الجناية فيه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود
وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول فان تغيرت
عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه فقطع فيه فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع لان العين قد تبدلت
ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة

فيه ورده م

الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا فصل في الحرز و
والاخذ منه قال ومن سرق من ابويه او ذي رحم محرم منه لم يقطع
فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمحرمية المبيحة
ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديق لانه
عاداه بالسرقة وفيه خلاف الشافعي رح لانه ملحق بالقرابة البعيدة وقد مر
في العتاق ومن سرق من بيت ذي رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق
ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه ومن سرق من امه من الرضاع قطع
وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف
الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة وجه الظاهر انه لا قرابة والمحرمية
بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وهو اقرب من ذلك الاخت
من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا انبساط تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب
قال واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده
او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق احد الزوجين
من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي رح لتبسوطة بينهما في الاموال
عادة ودلالة وهو نظير الخلاف في الشهادة قال ولو سرق المولى من مكاتبه لم
يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو ماثور
عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت و
حرز بالحافظ قال رضي الله عنه الحرز لا بد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون
بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق و
الحانوت وقد يكون بالحافظ وهو الصحيح كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاعه
فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلعم من سرق رداء صفوان من تحت راسه وهو نائم في
المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ وهو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت
وان لم يكن له باب او كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد
الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ
حيث يجب القطع فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين
ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه
حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير فيه لانه ليس بتضييع بخلاف ما

او ولده
بشبهة
بالحائط

في الفتاوى قوله ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه
قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن
للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز ويدخل في
ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال
وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ
لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذي اذن
للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز
بالحافظ قال ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا
في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة
ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج
منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ فان كانت
فان كانت دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة
باعتبار ساكنها حرز على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق
منها قطع لما بينا واذا نقب اللص البيت فدخل فاخذ المال وناوله آخر خارج
البيت فلا قطع عليهما لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال
قبل خروجه والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن
ابي يوسف رح ان اخرج الداخل يده وناوله فعلى الداخل القطع وان ادخل
الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهو بناء على مسئلة تأتي بعد هذا
ان شاء الله تعالى وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر رح لا يقطع لان
الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره
ولنا ان الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب
الدار او للفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا وان خرج
ولم ياخذه فهو مضيع لا سارق وكذلك ان حمله على حمار فساقه واخرجه لان سيره
مضاف اليه لسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رضي الله
عنه هذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رح لان الاخراج وجد
منه فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى
وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع القطع

القطع لادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع
وعن ابي يوسف رح في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط
الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا ان هتك الحرز
يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد امكن اعتباره والدخول
هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول بخلاف ما تقدم
من حمل البعض المتاع قال ... وان طر صرة خارجة
من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر
يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من
الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب فيهما لانعكاس
العلة وعن ابي يوسف رح انه يقطع في الحالين لانه محرز اما بالكم او بصاحبه قلنا الحرز
هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة والاستراحة فاشبه الجوالق وان سرق
من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق
والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان
مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل فاخذ منه قطع لان الجوالق في مثل
هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان
سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في
موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا
لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا النوم
بقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون
حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من اللفظ للمختار فصل في كيفية القطع واثباته
قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل واليمين بقراءة عبد
الله بن مسعود رضي الله عنه ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا
المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بقطع
يد السارق من الزند والحسم لقوله عليه السلام فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى
التلف والحد زاجر لا متلف فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم
يقطع وخلد في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ وقال الشافعي رح في
الثالثة تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه السلام من سرق فاقطعوه

فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان
الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فتكون ادعى الى شرع الحد ولنا قول علي كرم الله وجهه
فيه اني لاستحيي من الله تعالى ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية
الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة
والحد زاجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى
ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي او نحمله على السياسة وان كان السارق اشل
اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا
او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة
او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة
سوى الابهام مقطوعة او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف
فوت الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش ق ــــ واذا قال
الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح وقالا
لا شيء عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس والمراد
هو الخطأ في الاجتهاد واما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة
والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين
ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل لانه تعمد الظلم فلا
يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي
حنيفة انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل
قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ق ــــ ولو اخرج
السارق يساره وقال هذه يميني لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد عليه
ضمان المال لانه لم يقع حدا وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا
يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق
بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا
بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في هذا الباب ق ــ وللمستودع
والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب
منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير
والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة

سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا ان الراهن انما يقطع بخصومته
حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بدونه والشافعي بناه على اصله ان لا
خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة
الحفظ فلا يظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها
وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ
الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه وسقوط
العصمة ضروري الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الحضور كما اذا حضر المالك وغاب
المؤتمن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن في دخول الحرز ثابتة
ق ــــ وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان
ان يقطع السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان
بالهلاك فلم تنعقد موجبة في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته
اذ الرد واجب عليه ق ــــ ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعد ما درئ
القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار
كالغاصب ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن
ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور السرقة
لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد
المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضي على رجل بالقطع في
سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت اليه وكذلك اذا باعها المالك اياه وقال
زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا
وظهورا وبهذا العارض لا تتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا ان
الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء
للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة
عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء ق ــــ وكذلك اذا نقصت
قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد انه يقطع وهو قول زفر
والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا
يشترط قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل
النصاب عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا واذا

او يدعي السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه الشاهدان
بعد ما شهد
بالسرقة وقال الشافعي رح لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب
الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قاله بدليل صحة
الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع
عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة
فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر في قول ابي حنيفة
الآخر وهو قولهما وكان يقول اولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة وجه
قوله الآخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث
الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة
عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة
رح وقال ابو يوسف رح يقطع والعشرة للمولى وقال محمد رح لا يقطع والعشرة للمولى
ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد
مأذونا له يقطع في الوجوه وقال زفر رح لا يقطع في الوجوه كلها لان الاصل عنده
ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك
مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة
اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ايضا
ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمي ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه
مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد رح
لما
في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه بالغصب فيبقى المال للمولى ولا
قطع على العبد في سرقة بدونه لان المال اصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون
القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل
في التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا
ولابي يوسف انه اقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على
المولى فلا يصح في حقه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الثوب الذي في يد زيد
سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع يد المقر وان كان لا يصدق في تعيين
الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا
فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقاء تابع

للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره وتستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة
لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو
صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع قال واذا قطع السارق
والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت مستهلكة
لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية ابي يوسف رح
عن ابي حنيفة رح وهو المشهور وروى الحسن رح عنه انه يضمن بالاستهلاك
قال الشافعي رح يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سبباهما فلا يمتنعان فالقطع
حق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار
ولنا
كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عم لا غرم
على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان
مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو
المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة
فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك
لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون
غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط
العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة
قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي
حنيفة رح وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسألة اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا
وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيئا بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب
عن الغائب ولابد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع
القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى
الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضي فاذا استوفي فالمستوفى كل الواجب
كلها
الا ترى انه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد فخاصم في
البعض

باب ما يحدث السارق في السرقة

قال ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم
قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش
فانه يوجب القيمة ويملك المضمون فصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع وان

الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع
البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق المبيع فيما بعد
خلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين
النقصان واخذ الثوب فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق
لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا الذي ذكرنا اذا
كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له
اختيار تضمين القيمة فان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم و
لا قطع فيه قال ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او
دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا سبيل للمسروق منه عليها واصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا
له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وعلى قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع
وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر قطع
فيه ولم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح
يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا
قائما وكون الصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا
يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون
على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد قائم صورة
ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا وان صبغه اسود اخذ منه
في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف رح هذا والاول سواء
لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد رح زيادة ايضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق
المالك رح وعند ابي حنيفة رح السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

باب قطع الطريق

قال واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق
فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا
مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم
فصاعدا او ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا
ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله

وان احتمل الرد عليه بالعيب

الامام رح

ورسوله الاية والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة وهذه الثلاثة
المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق
تغلظ الحكم بتغلظها واما الحبس فلانه المراد بالنفي المذكور لانه نفي عن وجه الارض بدفع
شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان
المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط ان يكون المأخوذ مال
مسلم او ذمي لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع وشرط
كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى
والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه ويقتلون
حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا
واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم
وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد رح يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية
واحدة فلا توجب حدين ولان ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة
والرجم ولهما ان هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن
على التناهي بالقتل واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا وان كانا في
الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب
وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير
ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال ويصلب
حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي رح انه يقتل ثم
يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع
وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس
وعن ابي يوسف رح انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل
الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه
اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه فان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم
لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا
اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال والقتل وان كان بعصا
او بحجر او بسيف فهو سواء لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع
ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك

للأولياء لأنه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وإن أخذ مالاً ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لأنه لما وجب الحد حقاً لله تعالى سقطت عصمة النفس حقاً للعبد كما تسقط عصمة المال وإن أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمداً فإن شاء الأولياء قتلوه وإن شاؤوا عفوا عنه لأن الحد في هذه الجناية لا يقام بعد التوبة للاستثناء المذكور ولأن التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفيه الولي أو يعفو ويجب الضمان إذا هلك في يده أو استهلكه

وإن كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه لا يجب على أحد لأنها جناية واحدة قامت بالكل فإذا لم يقع فعل بعضهم موجباً كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركاً بين المقطوع عليهم والأصح أنه مطلق لأن الجناية واحدة على ما ذكرناه والامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما إذا كان فيهم مستأمن لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة حرز واحد وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد على ما ذكرنا فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا عفوا

وإذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلاً أو نهاراً في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحساناً وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي رحمه الله لوجوده حقيقة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الحد إذا كان خارج المصر وإن كان بقربه لأنه لا يلحقه الغوث وعنه إن قاتلوا نهاراً بالسلاح أو ليلاً به أو بالخشب فهم قطاع الطريق لأن السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول إن قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر ويقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث إلا أنهم يؤخذون برد المال إيصالاً للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا ومن خنق رجلاً حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة رحمه الله وهي مسألة القتل بالمثقل وسنبينها في الديات إن شاء الله تعالى وإن خنق في المصر غير مرة قتل به لأنه صار ساعياً في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الأمور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه قال الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام الجهاد ماض إلى يوم القيامة وأراد به فرضاً باقياً وهو فرض على الكفاية لأنه ما فرض لعينه إذ هو إفساد في نفسه وإنما فرض لإعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام وإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل ولأن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية إلا أن يكون النفير عاماً فحينئذ يصير من فروض الأعيان لقوله تعالى انفروا خفافاً وثقالاً الآية وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج إليهم فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية وآخره إلى النفير العام وهذا لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار واجب وإن لم يبدؤوا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لأن الصبا مظنة المرحمة ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم فإن هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن المولى لأنه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لأن بغيرهما مقنعاً فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لأنه يشبه الأجر ولا ضرورة إليه لأن مال بيت المال معد لنوائب المسلمين فإذا لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضاً لأن فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى يؤيده أن النبي عليه السلام أخذ دروعاً من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد

باب كيفية القتال

قال وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصناً دعوهم إلى الإسلام لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ما قاتل قوماً حتى دعاهم إلى الإسلام قال فإن أجابوا كفوا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله الحديث وإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لقول علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية

يكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد
بالإعطاء المذكور في القرآن والله أعلم قال ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة
إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم إلى شهادة أن لا
إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الأموال وسبي
الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهي ولا غرامة
لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان ويستحب أن
يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ولا يجب ذلك لأنه صح أن النبي عليه السلام أغار على
بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة رضي الله عنه أن يغير على أبنى صباحا ثم يحرق و
الغارة لا تكون بدعوة قال فإن أبوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث
سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء الجزية إلى أن قال فإن أبوا
فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان
به في كل الأمور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام على الطائف و
حرقوهم لأنه عليه السلام أحرق البويرة قال وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم
لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا
ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر لأن في الرمي دفع الضرر العام بالذب عن
بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولأنه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره
لانسد بابه وإن تترسوا بصبيان المسلمين أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون
بالرمي الكفار لأنه إن تعذر التمييز فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه
منهم لا دية عليهم ولا كفارة لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة
لأنه لا يمتنع في المخمصة لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد فمبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار
الضمان قال ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما
يؤمن عليه لأن الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن
عليها لأن فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم يستخفون
بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو
ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يوفون بالعهد لأن الظاهر
عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقي والمداواة
وأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن القتال لأنه يستدل به على ضعف

على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستحب إخراجهن للمباضعة والخدمة فإن كانوا لا
بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن زوجها والعبد إلا بإذن سيده
لما بينا إلا أن يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله
عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض
العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول قال ولا يقتلوا امرأة
ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم
ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي
يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى لأن المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبي
نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت
هذه تقاتل فلم قتلت قال إلا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب أو تكون المرأة
ملكة لتعدي ضررها إلى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولأن القتال مبيح
حقيقة ولا يقتل مجنونا لأنه غير مخاطب إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره غير أن الصبي والمجنون
يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقاب لتوجه
الخطاب نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح ويكره أن يبتدئ الرجل
أباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولأنه يجب عليه إحياؤه
بالإنفاق فيناقضه الإطلاق في إفنائه فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره لأن المقصود
يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وإن قصد الأب قتله بحيث لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لأن
مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الأب سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله قتله
لما بينا فهذا أولى

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس
به لقوله تعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله عليه السلام أهل مكة عام الحديبية
على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولأن الموادعة جهاد معنى إذا كان خيرا للمسلمين
لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد
عليها بخلاف ما إذا لم يكن خيرا لأنه ترك الجهاد صورة ومعنى فإن صالحهم مدة ثم رأى نقض
الصلح أنفع نبذ إليهم وقاتلهم لأنه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة
لما تبدلت كان النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن
الغدر وقد قال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ إلى

اليهم ويكتفي في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطرافه لان
بذلك ينتفي الغدر قال وان بدوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك
باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم
فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا
المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم
غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى وان راى الامام
موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك مالا فلا باس به لانه لما جازت الموادعة بغير مال
فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والماخوذ
من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل ارسلوا رسولا لانه في معنى الجزية
اما اذا احاط الجيش بهم ثم اخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى
قال واما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في امرهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تاخير
قتالهم طمعا في اسلامهم ولا ياخذ عليه مالا لانه لا يجوز اخذ الجزية منهم لما نبين ولو اخذه لم يرده
عليهم لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون
اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة باهل الاسلام الا اذا خاف
الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن قال ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب و
لا يجهز اليهم لان النبي عليه السلام نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم
على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد
الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام
والثوب الا انا عرفناه بالنص فانه عليه السلام امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم
ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى
بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق
الامان منه لملاقاته محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان
لا يتجزى فيتكامل كولاية الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم
كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد
من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بينا ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا
كان فيه نظر لانه ربما تفوت الفرصة بالتاخير فكان معذورا قال ولا يجوز امان

ذمي لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلمين قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم
لانهما مقهوران تحت ايديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه
فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا
ينفتح لنا باب الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا ولا يجوز امان
العبد عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي
وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام امان العبد امان
رواه ابو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال وبالمؤثر
من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به
والتاثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة
الاباحة لانه من تحصيل منافع المولى ولا تعطيل فيه للمولى ولابي حنيفة انه محجور عن
القتال فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون في القتال لان
الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لانه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن
احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وهو في
باب الاستغنام بخلاف الماذون لانه رضي ولانه ما دون مباشرة القتال وخوف العدو
لانه نفع محض فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مستغن عن الاجازة ولانه مفروض عند ذلك
ذلك واسقاط الفرض نفع محض والصبي اذا كان لا يعقل لا يصح امانه كالمجنون وان كان يعقل
وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق والله اعلم

باب الغنائم وقسمتها

قال واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين
كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج كذلك
فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل ذلك
قدوة فيتخير وقيل الاول اولى عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة
في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع
فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل
يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل
والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة
والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جل مآلا

وان منّ عليهم بالرقاب ولا ان يدفع اليهم من المغانم الا بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج
عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم لانه عليه السلام قد قتل ولان
فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم
احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز
ان يردهم الى دار الحرب لان فيه تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه
وله ان يسترقهم توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد
السبب بعد قال ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول
الشافعي لان فيه تخليص المسلم وهو اولى من قتل الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة للكفرة
لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان
ابتلاء في حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال ياخذه
منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا وفي السير الكبير انه لا بأس به اذا كان بالمسلمين
حاجة استدلالا بأسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم
لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه قال ولا يجوز المن عليهم
اي على الاسارى خلافا للشافعي فانه يقول منّ رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر
ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقهر ثبت حق الاسترقاق
فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا واذا اراد الامام العود
ومعه مواش فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وقال الشافعي
يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لمأكلة ولنا ان ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح ولا غرض
اصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لتنقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان
بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وبخلاف العقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ايضا و
ما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة عليهم ولا يقسم غنيمة
في دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام وقال الشافعي لا بأس بذلك واصله ان الملك
لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة
من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهى له ان سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على
مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا ان النبي عليه السلام
نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان
الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ ووجوده

اثبات اليد

ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لا عن اجتهاد
لان حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهو كراهة تنزيه عند محمد رحمه الله فانه قال على قول
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد رحمه الله الافضل ان يقسم في دار
الاسلام ووجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه يتقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد
عن ايراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم في
السبب وهو المجاوزة او شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض او غيره
لما ذكرنا واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم
فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق
المشاركة عندنا بالاحراز او بقسمة الامام في دار الحرب او ببيعه المغانم فيها لان بكل
منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر فينقطع حق شركة
المدد في الغنيمة الا ان يقاتلوا وقال الشافعي رحمه الله يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة
لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا انه لم توجد المجاوزة على
قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا او راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه او تأويله
ان يشهد على قصد القتال وان لم يكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين
الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر
في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة فيه ان الامام اذا وجد في
المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها لان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال
فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين او لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه
ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في
رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب
لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه ومن مات من الغانمين في دار الحرب
فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته لان الارث يجري
في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله من مات بعد استقرار الهزيمة
يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بيناه قال ولا بأس بان يعلف العسكر في
دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام قال رضي الله عنه ارسل ولم يقيده بالحاجة وقد
شرطها في رواية ولم يشترطها في اخرى وجه الاولى انه مشترك فيباح للحاجة

الثياب والسلاح والدواب قوله ومن وجد من المسلمين طعاما او علفا في دار الحرب لاجل ان يحرز على دار الاسلام حاجة دون غيره داخل دار الحرب لان الغازي لا يستصحب نفقته وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على الاصل الاباحة بخلاف السلاح لانه يستصحب فانعدم دليل الحاجة وقد مس اليه الحاجة حقيقة كما ستعلم ثم يرده الى المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس الحاجة الى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة ومراده اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك لما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى انهم لا يبيعون بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة في ذلك فان باعه احدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كان للجماعة واما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا انه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان الحرم يستباح للضرورة فالكراهة اولى وهذا لان حق المدد وحق من خاصة متعلق بها لكن ادونا بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لان الحاجة يتحقق الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال ومن اسلم منهم معناه في دار الحرب احرز بإسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده فان ظهر على الدار فعقاره في وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا ان العقار في يد اهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف الآخر وفي قوله محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة لا تثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها في لما قلنا وقال الشافعي هو يقول انه مسلم تبعا للمنفصل ولنا انه جزء منها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار في لانهم كفار حربيون ولا تبعية ومن قاتل من عبيده في لانه لما تمرد على

على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان من ماله في يد حربي فهو في غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا قال رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول محمد لان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا وحرمة التعرض بعارض في دفعا لشر الاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليست في يده حكما فلم تثبت العصمة قال واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة قد ارتفعت ولان الاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة معناه اذا لم تقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرد اعتبارا بالمتلصص قلنا ان الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه ويقسم اربعة اخماسها بين الغانمين لانه عليه السلام قسمها بين الغانمين ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي لما روى ابن عمر ان النبي عليه السلام اسهم للفارس ثلاثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه ثلاثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة ما روى ابن عباس ان النبي عليه السلام اعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه السلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روي عن ابن عمر ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على الضعف ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف

بسهم لفرسين لما روي أن النبي عليه السلام أسهم لفرسين ولأن الواحد قد يعيى فيحتاج إلى
الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله عليه السلام إلا لفرس واحد ولأن القتال
لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا إلى القتال عليهما فيسهم لواحد
ولهذا لا يسهم لثلاثة أفراس وما رواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الأكوع سهمين وهو
راجل والبراذين والعتاق سواء لأن الإرهاب مضاف إلى جنس الخيل في الكتاب قال الله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين
والمقرف إطلاقا واحدا ولأن العربي إن كان في الطلب والكر أقوى فالبرذون أصبر
وألين عطفا ففي كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه
استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وجواب الرواية
على عكسه وهكذا روى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله في الفصل الثاني أنه يستحق سهم الفرسان
والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حال انقضاء الحرب له أن السبب هو القهر
والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة إلى السبب
والمجاوزة وسيلة إلى السبب كالخروج من البيت وتعلق الأحكام بالقتال يدل على
الوقوف عليه ولو تعذر أو تعسر يتعلق بشهود الوقعة لأنه أقرب إلى القتال ولنا أن
المجاوزة نفسها قتال لأنه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها ولأن الوقوف
على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لأنه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة
مقامه إذ هو السبب المفضي إليه ظاهرا إذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص عند المجاوزة
فارسا وراجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق
ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله
يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لأن الإقدام
على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ
لم يسقط سهم الفرسان وكذا إذا باعه في حالة القتال عند البعض والأصح أنه يسقط لأن
البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه إلا أنه ينتظر عزته ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي
ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الإمام لما روي أنه عليه السلام كان لا يسهم للنساء و
الصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئا من الغنيمة
يعني لم يسهم لهم ولأن الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها والصبي والمرأة عاجزان عنه
ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه إلا أنه يرضخ لهم تحريضا على

القتال مع إظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه
عن الخروج إلى القتال ثم العبد إنما يرضخ له إذا قاتل لأنه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة
يرضخ لها إذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على المرضى لأنها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع
من الإعانة مقام القتال بخلاف العبد لأنه قادر على حقيقة القتال والذمي إنما يرضخ له إذا
قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لأن فيه منفعة للمسلمين إلا أنه يزاد على السهم في
الدلالة إذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم إذا قاتل لأنه جهاد والأول ليس من
عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم في حكم الجهاد وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى
وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا
يدفع إلى أغنيائهم شيء وقال الشافعي لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى
ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا أن الخلفاء الأربعة الراشدين قسموه على
ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه السلام يا معشر بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسالة
الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض إنما يثبت في حق من يثبت في حقه
المعوض وهم الفقراء والنبي عليه السلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه علل فقال إنهم لن يزالوا معي
هكذا في الجاهلية والإسلام وشبك بين أصابعه دل أن المراد من النص قرب النصرة
لا قرب القرابة قال فأما ذكر الله تعالى في الخمس فإنه لافتتاح الكلام تبركا باسمه وسهم النبي
عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي لأنه عليه السلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي
شيء كان النبي عليه السلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي
يصرف سهم الرسول إلى الخليفة والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه
في زمن النبي عليه السلام بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال العبد الضعيف هذا الذي ذكره قول الكرخي
وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الإجماع ولأن فيه معنى
الصدقة نظرا إلى المصرف فيحرمه كما يحرم العمالة وجه الأول وهو الأصح ما روي
أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم والإجماع انعقد على سقوط حق الأغنياء أما فقراؤهم فيدخلون
في الأصناف الثلاثة وإذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير إذن الإمام
فأخذوا شيئا لم يخمس لأن الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس
وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان بإذن الإمام ففيه روايتان والمشهور أنه يخمس
لأنه لما أذن لهم الإمام فقد التزم نصرتهم بالإمداد فصار كالمنعة فإن دخل جماعة لها

منعة فأخذوا شيئا خمس وإن لم يأذن لهم الإمام لأنه مأخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة و
لأنه يجب على الإمام أن ينصرهم إذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد
والاثنين لأنه لا يجب عليه نصرتهم فصل في التنفيل ولا بأس بأن ينفل الإمام في حالة
القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت
لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لأن التحريض مندوب إليه قال الله تعالى يا أيها النبي
حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره إلا
أنه لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ لأن فيه إبطال حق الكل فإن فعله مع السرية جاز
لأن التصرف إليه وقد يكون المصلحة فيه ولا ينفل بعد إحراز الغنيمة بدار الإسلام لأن حق الغير قد تأكد
فيه بالإحراز قال إلا من الخمس لأنه لا حق للغانمين في الخمس فإذا لم يجعل السلب للقاتل
فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعي السلب للقاتل إذا
كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر أنه نصب شرعا
لأنه بعثه لذلك ولأن القاتل مقبلا أكثر عناء فيختص بسلبه إظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه
مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه السلام لحبيب بن أبي سلمة
ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه لما رويناه و
زيادة العناء لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومر
كبه وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه وما عدا
ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين
فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر حتى لو قال الإمام من أصاب جارية فهي
له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة
في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل على هذا الاختلاف

باب استيلاء الكفار

قال وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء
قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه إن شاء الله فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده
من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم وإذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وقال
الشافعي لا يملكونها لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما
عرف من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا ل

حاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة
تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا
يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا
صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل قال
فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد
القسمة أخذوها بالقيمة إن أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك
بغير شيء وإن وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان
له حق الأخذ نظرا له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة ملكه الخاص فيأخذه
بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وإن دخل
دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه
بالثمن الذي اشتراه به التاجر وإن شاء ترك لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته
فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض أخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم يأخذه
بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل
القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الأخذ بالمثل غير مفيد وكذا إذا كان موهوبا لا يأخذه
لما بينا وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال وإن أسروا عبدا فاشتراه
رجل وأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي
أخذه به من العدو أما الأخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه
بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بخلاف
الشفعة لأن الصفقة تحولت إلى الشفيع صار المشتري نائبا عنه بمنزلة المشتري شراء
فاسدا والأوصاف تضمن فيه كما في الغصب أما هاهنا الملك صحيح فافترقا وإن أسروا
عبدا فاشتراه رجل بألف درهم ثم أسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه آخر
بألف درهم فليس للمولى الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه و
للمشتري الأول أن يأخذه من الثاني بالثمن ثم يأخذه المالك القديم بالثمنين إن شاء
لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائبا ليس للأول
أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات
أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب إنما يفيد الملك في
محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه تثبت الحرية فيهم من وجه

بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء وإذا أبق عبد
لمسلم فدخل إليهم فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام
يده ... لأن سقوط اعتبار يده لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد
المولى فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك
بخلاف المتردد لأن يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت
الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى
أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة
القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لأنه عامل لنفسه
إذ في زعمه أنه ملكه وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر
عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا وإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه
يأخذه بالثمن إن شاء فإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ المشركون ذلك
كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء والفرس والمتاع
بالثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن اعتبارا لحالة الاجتماع
بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد وإذا دخل الحربي دارنا بأمان واشترى عبدا مسلما
وأدخله دار الحرب عتق عليه عند أبي حنيفة وقالا لا يعتق لأن الإزالة كانت مستحقة
بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا ولأبي حنيفة
أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة
وهو الإعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما إذا أسلم أحد الزوجين
في دار الحرب قال وإذا أسلم عبد لحربي ثم خرج إلينا أو ظهر على الدار فهو
حر وكذلك إذا خرج عبيدهم إلى عسكر المسلمين فهم أحرار لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف
أسلموا وخرجوا إلى رسول الله عليه السلام فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولأنه أحرز نفسه
بالخروج إلينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين إذا ظهر على الدار واعتبار يده أولى من
اعتبار يد المسلمين لأنه أسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حقه إلى زيادة توكيد وفي حقهم إلى إثبات اليد
ابتداء فلهذا كان أحرازا

باب المستأمن

قال وإذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ولا من
دمائهم لأنه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام
إلا إذا غدر بهم ملكهم وأخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لأنهم هم
الذين نقضوا العهد بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن فيباح له التعرض وإن أطلقوه طوعا
فإن غدر بهم يعني التاجر فأخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء على مال مباح إلا أنه
حصل بسبب الغدر فأوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به وهذا لأن الحظر لغيره لا يمنع
انعقاد السبب على ما بيناه قال وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فأدانه
حربي أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج إلينا واستأمن الحربي لم يقض لواحد منهما
على صاحبه بشيء أما الإدانة فلأن القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الإدانة أصلا
ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى من أفعاله وإنما التزم ذلك
في المستقبل وأما الغصب فلأنه صار ملكا للذي غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا
غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا
مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب أما المداينة فلأنها وقعت صحيحة لوقوعها
بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الأحكام بالإسلام وأما الغصب فلما بينا
أنه ملكه ولا خبث في ملك الحربي حتى لا يؤمر بالرد وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان فغصب
حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما
الأمر بالرد فمراده الفتوى به لأنه فسد الملك لما يقارنه من الحرمة بنقض العهد قال
وإذا دخل مسلمان دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية في
ماله وعليه الكفارة في الخطأ أما الكفارة فلإطلاق الكتاب والدية لأن العصمة الثابتة بالإحراز
بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول بالأمان وإنما لا يجب القصاص لأنه لا يمكن استيفاؤه
إلا بمنعة ولا منعة دون الإمام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وإنما
تجب الدية في ماله في العمد لأن العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لأنه لا قدرة لهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وإن كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل
مسلم تاجر أسيرا فلا شيء على القاتل إلا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة وقالا في الأسيرين
الدية في الخطأ والعمد لأن العصمة لا تبطل بعارض الأسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما
بينا وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولأبي حنيفة أن بالأسر
صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما بإقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل
به الإحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر إلينا وخص الخطأ بالكفارة لأنه لا كفارة
في العمد عندنا قال وإذا دخل الحربي إلينا مستأمنا لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة
ويقول له الإمام إن أقمت تمام السنة في دارنا وضعت عليك الجزية والأصل أن الحربي

لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلتحق
المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد
باب التجارة ففصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان
رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه
لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في
ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين واذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا
ثم لا يترك بعد ان يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية
وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين فان دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج
فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي لان خراج الارض بمنزلة خراج الراس فاذا التزمه صار
ملتزما المقام في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج
الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم خراج فتعتبر المدة
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب واذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط الوضع
فيتخرج عليه احكام جمة فلا تغفل عنه قال واذا دخلت حربية بامان فتزوجت
ذميا صارت ذمية لانها التزمت المقام تبعا للزوج واذا دخل حربي فتزوج ذمية لم يصر ذميا
لانه يمكنه ان يطلقها فيرجع الى بلده فلم يكن ملتزما المقام ولو ان حربيا دخل دارنا بامان
ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا
بالعود لانه ابطل امانه وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان اسر او ظهر على الدار فقتل سقطت
ديونه وصارت الوديعة فيئا اما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيده فيصير فيئا
تبعا لنفسه اما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه
اسبق اليه من يد العامة فتختص به فيسقط وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذلك
اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه
او على ورثته من بعده قال وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال
يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية
ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي انه عليه السلام اخذ الجزية وكذا
عمر ومعاذ رضي الله عنهما ووضع في بيت المال ولم يخمس ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من
غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى و
استحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب صح ذكره فلا يجب الخمس واذا دخل الحربي

الينا بامان وله امرأة في دار الحرب واولاد صغار واولاد كبار ومال اودع بعضه
ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فهو كله فيء اما المرأة واولاده
الكبار فظاهر لانهم حربيون وهم كبار وليسوا باتباع وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما
قلنا من قبل واما الاولاد الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام ابيه اذا كان في يده و
تحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف
الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة وان اسلم في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار احرار
مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين اسلم اذ الدار واحدة وما كان من مال
اودعه مسلما او ذميا فهو له لانه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء اما المرأة واو
لاده الكبار فظاهر واما المال الذي في يد الحربي فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربي ليست يدا محترمة
واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء
عليه الا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد لانه اراق
دما معصوما لوجود العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها
المؤثمة لحصول اصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا
فيه فيتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة
مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى كونه كل المذكور فينتفي غيره و
لان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمي خلق متحملا اعباء التكاليف والقيام بها بحرمة
التعرض والاموال تابعة لها اما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر
الفائت وذلك في الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس
فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة في الاموال لا تثبت الا بالدار لان العزة بالمنعة وكذلك
في النفوس الا ان الشرع اسقط اعتبار منعة الكفرة لما انه اوجب ابطالها والمرتد والمستأمن
في دارنا من اهل دارهم حكما لقصدهم الانتقال اليها قال ومن قتل مسلما خطأ لا
ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة
لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام ان حق
الاخذ له لانه لا وارث له وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية لان
النفس معصومة والقتل عمد والولي معلوم وهو العامة او السلطان قال عليه السلام السلطان
ولي من لا ولي له وقوله وان شاء اخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو
القود عينا وهذا لان الدية انفع في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على

قال وليس لهم ان يجعلوا ان يحق المعاهدة ولاية تقرية وليس في النزول اسقاط حقهم من غير رضى منهم

باب العشر والخراج

قال أرض العرب كلها أرض عشر وهي ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد الشام
والسواد أرض خراج وهي ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث إلى عبادان
لأن النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضي العرب ولأنه بمنزلة الفيء فلا
يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها كفارا كما
في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف وعمر رضي الله عنه حين فتح السواد
وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع
الخراج على الشام قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام
إذا فتح أرضا عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض مملوكة
لأهلها وقد قدمناه من قبل وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي أرض
عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث
يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت عنوة فأقر أهلها عليها فهي أرض خراج وكذا إذا صالحهم لأن الحاجة
إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فإن رسول الله فتحها عنوة
وتركها لأهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل إليها ماء
الأنهار فهي أرض خراج وما لم يصل إليها ماء الأنهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر لأن العشر
يتعلق بالأرض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج ومن أحيا أرضا مواتا
فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها فإن كانت من حيز أرض الخراج فهي خراجية وإن كانت
من حيز أرض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية بإجماع الصحابة لأن حيز الشيء يعطى له
حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب
من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لأنها من حيز أرض الخراج إلا أن الصحابة
وضعوا عليها العشر فترك القياس لإجماعهم وقال محمد إن أحياها ببئر حفرها أو بعين
استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الأنهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية وكذا
إن أحياها بماء السماء وإن أحياها بماء الأنهار التي احتفرها الأعاجم مثل نهر الملك و
نهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء إذ هو السبب للنماء ولأنه لا يمكن توظيف
الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لأن السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال والخراج
الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو صاع ودرهم

ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة
دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه فإنه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد
العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع
على ذلك ما قلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا منهم ولأن المؤن
متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة
تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم أعلاها وفي الزرع أدناها وفي الرطبة أوسطها
قال وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها
بحسب الطاقة لأنه ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه وقد اعتبر الطاقة في ذلك فنعتبرها
فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لأن
التنصيف عين الإنصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض
يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وفي ديارنا وظفوا من الدراهم في الأراضي كلها و
ترك كذلك لأن التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أي شيء كان قال فإن
لم تطق ما وضع عليها نقصها الإمام والنقصان عند قلة الريع جائز بالإجماع ألا ترى إلى
قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لأطاقت
وهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان
وعند أبي يوسف لا يجوز لأن عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة قال وإن غلب على
أرض الخراج الماء أو انقطع عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه لأنه فات التمكن من
الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج وفيما إذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري
في بعض الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكاة أو يدار الحكم على الحقيقة عند
خروج الخارج قال وإن عطلها صاحبها فعليه الخراج لأن التمكن كان ثابتا وهو
الذي فوته قالوا من انتقل إلى أخس الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لأنه هو الذي ضيع
الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس ومن أسلم من أهل
الخراج أخذ منه الخراج على حاله لأن فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فأمكن إبقاؤه
على المسلم ويجوز أن يشتري المسلم أرض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد
صح أن الصحابة اشتروا أراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء وأخذ
الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي يجمع بينهما
لأنهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله

لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم ولأن أحداً من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى بإجماعهم حجة ولأن الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهراً والعشر في أرض أسلم أهلها طوعاً والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الأرض النامية إلا أنه يعتبر في العشر تحقيقاً وفي الخراج تقديراً ولهذا يضافان إلى الأرض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لأن عمر رضي الله عنه لم يوظفه مكرراً بخلاف العشر لأنه لا يتحقق عشراً إلا بوجوبه في كل خارج

باب الجزية

قال والجزية على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عليه السلام بني نجران على ألف ومائتي حلة ولأن الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي إلى غير ما وقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الإمام وضعها إذا غلب الإمام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهماً يأخذ منه في كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهماً في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهماً في كل شهر درهماً وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله يضع على كل حالم ديناراً أو ما يعدل الدينار والغني والفقير في ذلك سواء لقوله عليه السلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة ديناراً أو عدله معافر من غير فصل ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الأرض وهذا لأنه وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحاً ويوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس

قال وعبدة الأوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي رحمه الله هو يقول إن القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الأصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في كسبه وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا توضع على عبدة الأوثان من العرب ولا المرتدين لأن كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلأن النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر وأما المرتد فلأنه كفر

الاتفاق م

بربه بعدما هدي للإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية

قال ولا زمن ولا أعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه تجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان له رأي

قال ولا على فقير غير معتمل خلافاً للشافعي رحمه الله له إطلاق حديث معاذ ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولأن خراج الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لأنهم تحملوا الزيادة بسببهم ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هاهنا وذكر محمد رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف رحمه الله ووجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعه فصار كتعطيل الأرض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم إذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لإسقاط القتل ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفي بصحته في أكثر السنة

قال ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذا إذا مات كافراً خلافاً للشافعي رحمه الله فيهما له أنها وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت لكونه آدمياً والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى

قال وإن اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً وكذلك إن مات في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق

وهو قول الشافعي

لما فيه من خلافه ان الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها تستوفى
وقد امكن فيما نحن فيه بعد توالي السنين بخلاف ما اذا اسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابي
حنيفة رح انها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه في
اصح الروايات بل يكلف ان ياتي به بنفسه فيعطي قائما والقابض منه قاعد وفي رواية يأخذ
بتلبيبه ويهزه هزا ويقول اعط الجزية يا ذمي فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت
كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي
لان القتل انما يستوفى لحراب قائم لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لان
الماضي وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رح في الجامع الصغير وجاءت سنة اخرى يحمل
على المضي مجازا وقال بعض المشايخ الوجوب باول السنة فلابد من المضي ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند
البعض هو محمول على حقيقته والوجوب عند ابي حنيفة رح باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء
والاصح ان الوجوب عندنا في ابتداء الحول وعند الشافعي رح في اخره اعتبارا بالزكوة ولنا ان
ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررنا فتعذر ايجابه بعد مضي الحول فاوجبناه
في اوله والله اعلم **فصل** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام لقوله عليه السلام لا خصاء
في الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها وان انهدمت البيعة والكنائس القديمة اعادوها
لان الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها
لانه احداث في الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلوة في البيت
لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر فلا
تعارض باظهار ما يخالفها وقيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها
بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة وفي
ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل و
لا يعملون بالسلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج
التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين
ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام ويضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل
معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطا غليظا من الصوف يشده
على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا
في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم

بالمغفرة قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا
في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التي تقدمت **قال** و
يمنعون من لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من اداء الجزية او قتل مسلما او سب
النبي عليه السلام او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام
الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عليه السلام يكون نقضا لانه ينقض ايمانه
فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عليه السلام كفر منه والكفر المقارن لا
يمنعه فالطارئ لا يرفعه **قال** ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع
فيحاربونا لانهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب واذا
نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وكذا
في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد **فصل** ونصارى بني تغلب يؤخذ
من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكوة لان عمر رضي الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة
ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب على النساء
دون الصبيان فكذا المضاعف وقال زفر رح لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي رح لانه
جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا
جزية على النسوان ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح
المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا يرى انه لا يراعى فيه شرائطها من وصف
الصغار ويوضع على مولى التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف لقوله عليه السلام
مولى القوم منهم الا يرى ان مولى الهاشمي يلحق به في حق حرمة الصدقة ولنا ان هذا تخفيف والمولى
لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات
تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا تحرم عليه الصدقة لان
الغني من اهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي فليس باهل لهذه الصلة اصلا
لانه صين لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج
ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين
كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم
ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير
قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء فلو لم يعطوا
كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال **قال** ومن مات في نصف

فلا شيء له من الاعطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك
قبل القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتد

قال واذا ارتد المسلم العياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت
لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان العرض على ما قالوا
غير واجب لان الدعوة بلغته قال ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل وفي الجامع
الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل فيمهل ثلاثة ايام لانها
مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحهما الله انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام
طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي رح ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل له ان
يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التامل فيها فقدرناها
بالثلاث ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين وقوله عم من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر
حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم
ولا فرق بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها
سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ [illegible]
عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه
كره ولا شيء على القاتل ومعنى الكراهية هاهنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح
والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم
وقال الشافعي رح تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية مغلظة
فتناط بها عقوبة متغلظة وردة المراة تشاركها فيها فتشاركه في موجبها ولنا ان النبي
عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تاخير الاجزية الى دار الاخرة اذ تعجيلها
يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك من
النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال فصارت المرتدة كالاصلية
قال ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى بعد الاقرار فتجبر
على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المراة على الاسلام حرة كانت
او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا واما الرد الى المولى فلما فيه من الجمع بين الحقين و
يروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد
عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رح
وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم

والقصاص وله انه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا
بالحراب وهذا يوجب زوال ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه
ويرجى عوده اليه فتوقفنا في امره فان اسلم جعل العارض كأن لم يكن في حق
هذا الحكم وصار كأن لم يزل ولم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب
وحكم بلحاقه استقر كفره فيعمل السبب عمله وزال ملكه قال وان مات او قتل على
ردته انتقل ما اكتسبه في حال اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيئا
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحهما الله كلاهما لورثته وقال الشافعي رح كلاهما
فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له فيكون فيئا ولهما
ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه فينتقل بموته الى ورثته ويستند الى ما قبيل
ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد في
كسب الردة لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي
وارثا الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة رح اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من
كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت و
عنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث
قبل انعقاده بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض وترث امراته المسلمة اذا مات
او قتل على ردته وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها
لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رح ويرثها زوجها
المسلم ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها
لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل
ما اكتسبه في حال الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رح يبقى ماله موقوفا كما كان
لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل الحرب وهم اموات
في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة عن الموتى فصار كالموت الا انه
لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة
به وهي ما ذكرناها كما في الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رح لان اللحاق
هو السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف رح وقت القضاء لانه
يصير موتا بالقضاء والمرتد اذا لحق بدار الحرب فهو كذلك وتقضى الديون التي لزمته

ثم ما اكتسبه في حال الإسلام وما لزمه في حال الردة في الردة

ثم قال الإمام مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه هذه رواية عن أبي حنيفة رح وعنه أنه
يبدأ بكسب الإسلام فإن لم يف بذلك يقضى من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الأول
أن المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به
فيقضى كل دين من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني أن كسب الإسلام
ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم الدين عليه أما
كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه إلا إذا تعذر
قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي إذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو
كان عليه دين يقضى منه كذلك ههنا وجه الثالث أن كسب الإسلام حق الورثة وكسب الردة
خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى إلا إذا تعذر بأن لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الإسلام
تقديماً لحقه وقال أبو يوسف ومحمد رح تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعاً ملكه حتى يجري الإرث
فيهما قال وما باعه أو اشتراه أو أعتقه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه من أمواله في حال ردته
فهو موقوف فإن أسلم صحت عقوده وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند أبي حنيفة رح
وقال أبو يوسف ومحمد رح يجوز ما صنع في الوجهين اعلم أن تصرفات المرتد على أقسام نافذ
بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لأنه لا يفتقر إلى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل بالاتفاق كالنكاح
والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة
ولا مساواة بين المسلم والمرتد ومختلف في توقفه وهو ما عددناه لهما أن الصحة تعتمد الأهلية
والنفاذ يعتمد الملك ولا خفاء في وجود الأهلية لكونه مخاطباً وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررنا
من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات ولده
بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته إلا أن عند أبي يوسف رح يصح كما يصح من الصحيح
لأن الظاهر عوده إلى الإسلام إذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة وعند محمد رح يصح كما يصح من المريض
لأن من انتحل إلى نحلة لا سيما معرضاً عما نشأ عليه قلما يتركه فيفضي إلى القتل ظاهراً بخلاف المرتدة
لأنها لا تقتل ولأبي حنيفة رح أنه حربي مقهور تحت أيدينا على ما قررناه في توقف الملك
وتوقف التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير أمان فيؤخذ ويقهر فتتوقف تصرفاته
لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين فأوجب خللاً في
الأهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لأن الاستحقاق في ذلك جزاء على الجناية وبخلاف المرأة لأنها
ليست حربية ولهذا لا تقتل فإن عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه إلى دار الإسلام مسلماً فما وجده في يد ورثته
من ماله بعينه أخذه لأن الوارث إنما يخلفه فيه لاستغنائه وإذا عاد مسلماً احتاج إليه فيقدم عليه

بخلاف ما إذا أزال الوارث عن ملكه وبخلاف أمهات أولاده ومدبريه لأن القضاء قد
صح بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلماً قبل أن يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل مسلماً لما ذكرنا
وإذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الإسلام فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر
منذ ارتد فادعاه فهي أم ولد له والولد حر وهو ابنه ولا يرثه فإن كانت جارية مسلمة
ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب أما صحة الاستيلاد فلما قلنا وأما الإرث
فلأن الأم إذا كانت نصرانية فالولد يتبعها لأنه أقرب إلى الإسلام للجبر عليه فصار في
حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد أما إذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعاً لها لأنها خيرهما
ديناً والمسلم يرث المرتد وإذا لحق المرتد بماله ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء وإن لحق
ثم رجع وأخذ مالاً وألحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل
القسمة رد عليهم لأن الأول مال لم يجر فيه الإرث والثاني انتقل إلى الورثة بقضاء
القاضي بلحاقه فكان الوارث مالكاً قديماً وإذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه
فكاتبه ثم جاء المرتد مسلماً فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي أسلم لأنه
لا وجه إلى إبطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه كالوكيل
من جهته وحقوق العقد فيه ترجع إلى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه وإذا قتل
المرتد رجلاً خطأ ثم لحق بدار الحرب أو قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال الإسلام
خاصة عند أبي حنيفة رح وقالا الدية في مال اكتسبه في حال الإسلام والردة لأن العواقل
لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان جميعاً ماله لنفوذ تصرفه
في الحالين ولهذا يجري الإرث فيهما عندهما وعنده ماله المكتسب في الإسلام لنفوذ تصرفه
دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه ولهذا كان الأول ميراثاً عنه والثاني فيئاً
وإذا قطعت يد المسلم عمداً فارتد والعياذ بالله ثم مات من ذلك على ردته أو لحق ثم جاء
فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة أما الأول فلأن السراية
حلت محلاً غير معصوم فأهدرت بخلاف ما إذا قطع يد المرتد ثم أسلم فمات من ذلك لأن
الإهدار لا يلحقه الاعتبار أما المعتبر فقد يهدر بالإبراء فكذا بالردة وأما الثاني فمعناه
إذا لحق وقضي بلحاقه فلأنه صار ميتاً تقديراً والموت يقطع السراية
وإسلامه حياة حادثة تقديراً فلا يعود حكم الجناية الأولى وإذا لم يقض القاضي بلحاقه فهو
على الخلاف الذي يليه قال وإن لم يلحق وأسلم ثم مات فعليه الدية كاملة وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد وزفر رح في جميع ذلك نصف الدية لأنه

اعتراض الردة أهدر السراية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان كما إذا قطع يد مرتد فأسلم ولهما
أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت فيه فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا
لأنه لا معتبر بقيام العصمة في حال بقاء الجناية وإنما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال
ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين وإذا
ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالاً فأخذ بماله وأبى أن يسلم فقتل فإنه يوفى مولاه
مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر عندهما لأن كسب الردة ملكه إذا كان حراً فكذا إذا
كان مكاتباً وأما عند أبي حنيفة فلأن المكاتب إنما يملك أكسابه بالكتابة والكتابة لا تتوقف
بالردة فكذا أكسابه ألا ترى أنه لا يتوقف تصرفه فكذا أكسابه بطريق الأولى
وإذا ارتد الرجل وامرأته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب وولدت ولداً
وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعاً فالولدان فيء لأن المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ويجبر الولد
الأول على الإسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجبر تبعاً للجد وأصله التبعية
في الأحكام وهي واحدة من أربع مسائل كلها على الروايتين والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء
والأخرى الوصية للقرابة **قال** وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند أبي حنيفة ومحمد
ويجبر على الإسلام ولا يقتل وإسلامه إسلام لا يرث أبويه إن كانا كافرين وقال أبو يوسف
ارتداده ليس بارتداد وإسلامه إسلام وقال زفر والشافعي إسلامه ليس بإسلام وارتداده
ليس بارتداد لأن الإسلام تبع أبويه فلا يجعل أصلاً ولأنه يلزمه أحكام تشوبها
المضرة فلا يؤهل له ولنا فيه أن علياً رضي الله عنه أسلم في صباه وصحح النبي عليه السلام إسلامه وافتخاره
بذلك مشهور ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو التصديق والإقرار معه لأن الإقرار عن طوع
دليل على الاعتقاد على ما عرف والحقائق لا ترد وما يتعلق به سعادة أبدية ونجاة عقباوية
من أجل المنافع وهو الحكم الأصلي ثم يبتني عليه غيره فلا يبالى بشوبه ولهما في الردة أنها مضرة
محضة بخلاف الإسلام على أصل أبي يوسف لأنه تعلق به أنفع المنافع على ما مر ولأبي حنيفة
أنها موجودة حقيقة ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الإسلام إلا أنه يجبر على الإسلام لما فيه من النفع
له ولا يقتل لأنه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم وهذا في الصبي الذي
يعقل ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لأن إقراره لا يدل على تغير العقيدة وكذا المجنون و
السكران الذي لا يعقل

باب البغاة

قال وإذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الإمام دعاهم إلى العود إلى
الجماعة وكشف عن شبهتهم لأن علياً فعل كذلك بأهل حروراء قبل قتالهم ولأنه أهون الأ

الأمرين ولعل الشر يندفع به فيبدأ به ولا يبدأ بقتال حتى يبدءوه فإن بدءوه قاتلهم حتى يفرق
جمعهم قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره وذكر الإمام المعروف بخواهر زاده أن عندنا
يجوز أن يبدأ بقتالهم إذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدءوا بالقتال حقيقة
لأنه لا يجوز قتل المسلم إلا دفعاً وهم مسلمون بخلاف الكافر لأن نفس الكفر مبيح عنده
ولنا أن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع وهذا لأنه لو انتظر الإمام حقيقة قتالهم
ربما لا يمكنه الدفع فيدار على الدليل ضرورة دفع شرهم وإذا بلغه أنهم يشترون السلاح ويتأهبون
للقتال ينبغي أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعاً للشر بقدر الإمكان
والمروي عن أبي حنيفة من لزوم البيت محمول على حال عدم الإمام أما إعانة الإمام الحق فمن
الواجب عند الغناء والقدرة **فإن كانت لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم** دفعاً لشرهم
كيلا يلحقوا بهم وإن لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع الشر دونه وقال
الشافعي لا يجوز ذلك في الحالين لأن القتال إذا تركوه لم يبق قتلهم دفعاً وجوابه ما ذكرنا
أن المعتبر دليله لا حقيقته ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال لقول علي رضي الله عنه يوم
الجمل ولا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة في هذا الباب وقوله في
الأسير تأويله إذا لم يكن لهم فئة فإن كانت لهم فئة يقتل الإمام الأسير وإن شاء حبسه لما ذكرنا
ولأنهم مسلمون والإسلام يعصم النفس والمال ولا بأس بأن يقاتلوا بسلاحهم إن احتاج المسلمون
إليه وقال الشافعي لا يجوز والكراع على هذا الخلاف له أنه مال مسلم فلا يجوز الانتفاع به إلا
برضاه ولنا أن علياً رضي الله عنه قسم السلاح فيما بين أصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة
لا للتمليك ولأن للإمام أن يفعل ذلك في مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي أولى
والمعنى فيه إلحاق الضرر الأدنى لدفع الأعلى ويحبس الإمام أموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها
حتى يتوبوا فيردها عليهم أما عدم القسمة فلما بيناه وأما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم ولهذا
يحبسها عنهم وإن كان لا يحتاج إليها إلا أنه يبيع الكراع لأن حبس الثمن أنظر وأيسر وأما
الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام فيها **قال** وما جباه أهل البغي من
البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الإمام ثانياً لأن ولاية الأخذ له باعتبار
الحماية ولم يحمهم فإن كانوا صرفوه في حقه أجزأ من أخذ منه لوصول الحق إلى مستحقه وإن
لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى أهله فيما بينهم وبين الله تعالى أن يعيدوا ذلك لأنه لم يصل إلى مستحقه
قال رضي الله عنه قالوا لا إعادة عليهم في الخراج لأنهم مقاتلة فكانوا مصارف وإن كانوا أغنياء

ومع العشر ان كانوا فقرا كذلك لانه حق الفقرا وقد بيناه في الزكوة وفي المستقبل
يأخذه الامام لان حمايتهم بسبب انقطاع ولايته ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم
فليس عليه شي لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل في دار الحرب وان
غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه و
تأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا قبل ذلك وفي ذلك لم تنقطع ولاية الامام
فيجب القصاص واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وان قتله الباغي وقال كنت
على حق وانا الان على حق ورثه وان قال قتلته وانا اعلم اني على باطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يرث الباغي في الوجهين وهو قول الشافعي رح واصله ان
العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم والباغي
اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ويأثم وقال الشافعي رح في القديم انه يجب وعلى هذا
الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا له انه اتلف مالا معصوما او نفسا معصومة
فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا اجماع الصحابة رض رواه الزهري رح ولانه اتلف عن تأويل
فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع كما في منعة اهل الحرب وتأويلهم وهذا
لان الاحكام لا تجري الا بالالزام او الالتزام ولا التزام لاعتقاد الاباحة عن تأويل ولا الزام لعدم الولاية
لوجود المنعة والولاية ثابتة قبل المنعة وعند عدم التأويل ثبت الالتزام اعتقادا بخلاف الاثم
لانه لا منعة في حق الشارع اذا ثبت هذا فنقول في قتل العادل الباغي انه قتل بحق فلا يمنع الارث ولابي يوسف رح ان التأويل الفاسد انما
يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا الى استحقاق الارث ولهما ان الحاجة الى دفع الحرمان ايضا
اذ القرابة سبب الارث فيعتبر الفاسد فيه الا ان من شرطه بقاءه على ديانته فاذا قال كنت
على الباطل لم يوجد الدافع فوجب الضمان قال ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم
لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرفه من اهل الفتنة
بأس لان الغلبة في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به الا
بصنعة الا ترى انه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله لما انه يلقط والالتقاط مندوب اليه لما فيه من احيائه
وان غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لان الاصل في بني آدم انما هو
الحرية وكذا الدار دار الاحرار ولان الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي
عن عمر وعلي رضي الله عنهما ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة فاشبه المقعد

المقعد الذي لا مال له ولا قرابة ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته
عليه والملتقط متبرع في الانفاق عليه لعدم الولاية الا ان يأمره القاضي به ليكون دينا عليه
لعموم الولاية قال فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان يأخذه منه لانه ثبت حق الحفظ
له لسبق يده فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله معناه اذا لم يدع الملتقط نسبه وهذا
استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لانه يتضمن ابطال حق الملتقط وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما
ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه ثم قيل يصح في حقه دون ابطال يد الملتقط وقيل
يبتني عليه بطلان يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والاصح انه على القياس و
الاستحسان وقد عرف في الاصل وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو
اولى به لان الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وان لم يصف احدهما علامة فهو ابنهما لانه
ثبت حقه في زمان لا منازع له فيه الا اذا اقام الآخر البينة لان البينة اقوى قال و
اذا وجد في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه و
كان مسلما وهذا استحسان لان دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وابطال الاسلام الثابت
بالدار وهو يضره فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وان وجد في قرية من قرى اهل
الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا رواية واحدة
وان كان الواجد مسلما في هذا المكان او ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية ففي
كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعة عن محمد رح لقوة
اليد الا ترى ان تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبي مع الصغير احدهما يعتبر كافرا
وفي بعض نسخه اعتبر الاسلام نظرا للصغير قال ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل
منه لانه حر ظاهرا الا ان يقيم البينة انه عبده فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه ينفعه وكان
حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط اولى من
العبد والمسلم اولى من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو
له اعتبارا للظاهر وكذا اذا كان مشدودا على دابة وهو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي
لانه مال ضائع وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه بغير امر القاضي لانه للقيط ظاهرا
وله ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة لانه من الانفاق قال ولا يجوز تزوج
الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك والسلطنة قال ولا تصرفه في مال اللقيط اعتبارا
بالام وهذا لان ولاية التصرف لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود
في كل واحد منهما احدهما ويجوز ان يقبض له الهبة لانه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا

الاستحسان م

لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة احدهما فهو ابنه

كتاب اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي

كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها قال ويسلمه في صناعة لانه من باب تثقيفه وحفظ حاله
قال ويؤاجره قال رضي الله عنه وهذا رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير لا يجوز ان يؤاجره
ذكره في الكراهية وهو الاصح وجه الاول انه يرجع الى تثقيفه ووجه الثاني انه لا يملك اتلاف
منافعه فاشبه العم بخلاف الام لانها تملكه على ما نذكره في الكراهية ان شاء الله تعالى

كتاب اللقطة

اللقطة اذا اشهد الملتقط انه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا
الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع
على ما قالوا واذا كان كذلك لا يكون مضمونة عليه وكذا اذا تصادقا انه اخذها للمالك لان
تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال
غيره بغير اذنه وبغير اذن الشرع ان لم يشهد الشهود عليه ولو قال الآخذ اخذته للمالك
وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح لا يضمن والقول
قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان
وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبريه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما
ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد
ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدا كانت اللقطة او اكثر لانه اسم جنس قال
فان كانت اقل من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال
رضي الله عنه وهذه رواية عن ابي حنيفة رح وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد رح في
الاصل بالحول من غير فصل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رح لقوله عليه السلام
من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت
مائة دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع به في السرقة
وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول
احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الالف بوجه ما ففوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان
شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على
ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه
حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي
الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها
لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير

تعريف ولكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح قال فان جاء صاحبها
والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر الامكان وذلك بايصال عينها عند
الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على اعتبار اجازة التصدق بها وان شاء امسكها
رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء
امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته
والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة
فيه وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع
وهذا لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين
اذا هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رح اذا وجد البعير والبقر في
الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة والاباحة
مخافة الضياع واذا كان معها ما تدفع به عن نفسها يقل الضياع ولكنه يتوهم فيقضى بالكراهة
والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها صيانة لاموال
الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة
المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له
وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين ان شاء الله تعالى قال واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر
فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملكه من
غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق
النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح
الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر
من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق يومين او ثلاثة على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها
فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة
قال رح وفي الاصل شرط اقامة البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده ولا يأمر فيه
بالانفاق وانما يأمر به في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان
قال لا بينة لي يقول القاضي انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى يرجع على المالك
ان كان صادقا ولا يرجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها
اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي الرجوع عليه

على المالك وهذه رواية وهو الاصح قال وإذا حضر يعني المالك فللملتقط أن يمنعها
حتى يحضر النفقة لأنه حي بنفقته فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبه المبيع وأقرب من
ذلك راد الآبق فإن له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل
الحبس ويسقط إذا هلك بعد الحبس لأنه يصير بالحبس شبيه الرهن قال ولقطة الحل والحرم
سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف في لقطة الحرم إلى أن يجيء صاحبها لقوله عم في الحرم ولا يحل لقطتها
إلا لمنشدها ولنا قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة من غير فصل ولأنها
لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف إبقاء ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها
وتأويل ما روي أنه لا يحل الالتقاط إلا للتعريف والتخصيص بالحرم لبيان أنه لا يسقط التعريف
فيه لمكان أنه للغرباء ظاهرا وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم يدفع إليه حتى يقيم البينة فإن
أعطى علامتها حل للملتقط أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك
والشافعي رح يجبر والعلامة مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن
صاحب اليد ينازعه في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة
من وجه ولا يشترط إقامة البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا
يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله
عم فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عم
البينة على المدعي الحديث ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف
لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده وإذا صدقه قيل لا يجبر على
الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر والمودع مالك ظاهر
ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به هو التصدق لقوله عم فإن لم يأت يعني
صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة المفروضة وإن كان الملتقط
غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وقال الشافعي رح يجوز لقوله عم في حديث أبي رضي الله عنه فإن
جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من المياسير ولأنه إنما يباح للفقير حملا له
على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه
لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع فيبقى ما رواه على الأصل والغني محمول
على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها
وانتفاع أبي رضي الله عنه كان بإذن الإمام وهو جائز بإذنه وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس
بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره وكذا إذا

وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان هو غنيا لما ذكرنا

كتاب الإباق

الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه لما فيه من إحيائه وأما الضال فقد قيل كذلك و
قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به
إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه بخلاف اللقطة ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه ولو رفع
الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق الإباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن
رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما وإن رده
لأقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول
الشافعي رح لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد الضال ولنا أن الصحابة اتفقوا على وجوب أصل
الجعل إلا أن منهم من أوجب أربعين ومنهم من أوجب ما دونها فأوجبنا الأربعين في
مسيرة السفر وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ
الحسبة نادرة فيتحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع ولأن
الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لأنه لا يتوارى والآبق يختفي ويقدر الرضخ
في الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأي القاضي وقيل يقسم الأربعون
على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر قال فإن كانت قيمته أقل من أربعين
يقضي له بقيمته إلا درهما قال رضي الله عنه وهذا قول محمد رح وقال أبو يوسف رح له أربعون درهما
لأن التقدير ثبت بالنص فلا ينقص عنه ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة بخلاف الصلح
على الأقل لأنه حط منه ولمحمد أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص درهم
ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وأم الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في
حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه ولو رد بعد مماته لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف
القن ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل
لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة ولا يتناولهم إطلاق الكتاب قال فإن أبق من
الذي رده فلا شيء عليه لأنه أمانة في يده لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه في اللقطة
قال رضي الله عنه وذكر في بعض النسخ أنه لا شيء له وهو صحيح أيضا لأنه في معنى البائع من المالك ولهذا كان
له أن يحبس الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا إذا مات في
يده لا شيء عليه لما قلنا ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالإعتاق كما في العبد المشترى
وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وإن كان له حكم البيع لكنه بيع من وجه

فلا يرجع كنفقة المنهي لو آجره او في بيع ما لم يقبض فجاز قال ويشهد اذا اخذه ان يشهد
انه يأخذه ليرده فالاشهاد حتم فيه على قول ابي حنيفة ومحمد حتى لو رده من لم يشهد
وقت الاخذ لا جعل له عندهما لان ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه وصار كما اذا
اشتراه من الآخذ او اتهبه او ورثه فرده على مولاه لا جعل له لانه رده لنفسه الا اذا اشهد انه
اشتراه ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في اداء الثمن وان كان الآبق رهنا فالجعل على المرتهن لانه
احيى ماليته بالرد وهي حقه اذ الاستيفاء منها والجعل بمقابلة احياء المالية فيكون عليه والرد في حياة
الراهن وبعده سواء لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اذا كانت قيمته مثل الدين او اقل منه فان كانت اكثر فبقدر الدين عليه والباقي
على الراهن لان حقه بالقدر المضمون فصار كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وان كان مديونا
فعلى المولى ان اختار قضاء الدين وان بيع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك وكذلك في كل
موضع يجب على من يستقر له الملك وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه
وعلى الاولياء ان اختار الدفع لعودها اليهم وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع
الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد بل بترك الموهوب له التصرف فيه
بعد الرد وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد

كتاب المفقود

قال اذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم أحي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ
ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر بنفسه والمفقود بهذه الصفة
وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله والقائم عليه نظر له وقوله يستوفي حقه لاخفاء انه
يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده
لانه اصيل في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل
لانه ليس بمالك ولا نائب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وانه لا يملك الخصومة بلا خلاف
انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضاء على
الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد
يبيعه القاضي لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر له بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد
في نفقة ولا غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة
وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على الاولاد
بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حال حضرته بغير قضاء القاضي
ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضاء

لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ تجب بالقضاء والقضاء على الغائب
ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار والزمنى من الذكور الكبار ومن
الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله مراده الدراهم والدنانير لان حقهم
في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا
الحكم لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق
عليهم منهما اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب وهذا
اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين فلا حاجة الى الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة
والدين او النكاح والنسب وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى
الاقرار وان كان احدهما ظاهرا الوديعة يشترط الاقرار بما ليس بظاهر هذا هو الصحيح وان دفع المودع
بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق
ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون
جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد ممن يستحق النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه للغائب
لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال آخر للمفقود قال ولا
يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى اربع سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد
عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر رضي الله عنه هكذا قضى في الذي استهوته الجن
بالمدينة وكفى به اماما ولانه منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء
والعنة وبعد هذا الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا
بالشبهين ولنا قوله عليه السلام في امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقول علي رضي الله عنه فيها
هي امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع
ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال النكاح
بالشك وعمر رضي الله عنه رجع الى قول علي رضي الله عنه ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا فاعتبر
في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة تعقب الاوبة والعنة قل
ما تنحل بعد استمرارها سنة قال واذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته
قال رضي الله عنه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الاقران و
في المروي عن ابي يوسف بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين والاقيس ان لا يقدر بشيء و
الارفق ان يقدر بتسعين واذا حكم بموته اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت
ويقسم ماله بين ورثته الموجودين في ذلك الوقت كأنه مات فيه معاينة

ذلك فيحكم بموته في حق ماله ومن مات قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذلك لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد الاجنبي وتصادقوا على فقد الابن وطلبت الابنتان الميراث تعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الآخر ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظيره الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط به لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليه قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التمييز راسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قال والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي متساوين فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما تصح الشركة فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا تصح الشركة فيه وكذا في التصرف لانه لو ملك احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين ان شاء الله تعالى وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة ووجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد ووجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال فيجوز بين الحرين الكبيرين مسلمين او ذميين لتحقق التساوي وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة ولا يملك التصرف الا باذن الولي قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة ويتفاوتان في التصرف في متروك التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها مسلم لا يصح ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اما الوكالة فلتحقق المقصود وهو الشركة في المال على ما بيناه والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة والقياس ان يكون على الشركة لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له تحقيقا للمساواة فمما يصح الاشتراك فيه الشراء والبيع والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة

وفاتا لا يجوز منه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ولو صدر
المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة بالنفس ولابي حنيفة رح انه تبرع ابتداء
ومعاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره
فبالنظر الى البقاء تضمنته المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من
المريض بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة رح انه
لا يلزم صاحبه ولو سلم فهو اعارة فيكون لمثلها حكم عين لا حكم البدل حتى لا يصح فيه الاجل فلا
يتحقق معاوضة ولو كانت الكفالة بغير امره لم تلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة و
مطلق الجواب في الكتاب يحمل على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند
ابي حنيفة رح لانه معاوضة انتهاء قال وان ورث احدهما مالا تصح فيه الشركة او وهب
له ووصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال
اذ هي شرط فيها ابتداء وبقاء وهذا لان الآخر لا يشاركه فيما اصابه لانعدام السبب في حقه
الا انها تنقلب عنانا للامكان فان المساواة ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم
وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لانه لا تصح فيه الشركة فلا
تشترط المساواة فيه قال ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال
مالك رح يجوز بالعروض والمكيل والموزون ايضا اذا كان الجنس واحدا لانها عقدت على
رأس مال معلوم فاشبه النقود بخلاف المضاربة لان القياس يأباها لما فيه من ربح ما لم يضمن
فيقتصر على مورد الشرع ولنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما رأس ماله و
تفاضل الثمنان فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن
بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما يضمن
ولان التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا
في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئا بماله على ان يكون المشتري بينه وبين غيره جائز واما الفلوس
النافقة فلانها تروج رواج الاثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لانها ملحقة بالنقود
عنده حتى لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد باعيانهما على ما عرف اما عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعا
ويروى عن ابي يوسف رح مثل قول محمد رح والاول اقيس واظهر وعن ابي حنيفة رح صحة
المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة
فتصح الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل

ذهب او فضة ومراده التبر وعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا يصلح
رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين
حتى لا ينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم فعلى تلك الرواية يصلح رأس المال فيهما وهذا لما عرف
انهما خلقا ثمنين في الاصل الا ان الاول اصح لانهما وان خلقا للتجارة في الاصل لكن الثمنية تختص
بالضرب المخصوص لان عنده لا يصرف الى شيء آخر ظاهرا الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمنا
فينزل التعامل منزلة الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك
يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد
منهما متاعه وعليه وضيعته وان خلطا ثم اشتركا فكذلك عند ابي يوسف رح والشركة
شركة ملك لا عقد وعند محمد رح تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في
المالين واشتراط التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله ابو يوسف رح لانه يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد رح انها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة ومبيع
من حيث انه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين بخلاف العروض لانها
ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة
بهما بالاتفاق والفرق لمحمد رح ان المخلوط من جنس واحد من ذوات الامثال ومن جنسين من ذوات
القيم فتتمكن الجهالة كما في العروض واذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب الوديعة
والحيلة في الشركة بالعروض ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر ثم يعقد الشركة
قال معناه وهذه شركة ملك لما بينا ان العروض لا تصلح رأس مال الشركة وتأويله اذا
كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت
به الشركة قال واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي ان يشترك
اثنان في نوع بر او طعام او يشتركا في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة وانعقاده
على الوكالة لتحقق مقصوده كما بيناه ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعراض
يقال عن له اي اعرض وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ
ويصح التفاضل في المال للحاجة اليه وليس من قضية اللفظ المساواة قال ويصح ان
يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لان التفاضل فيه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن فان المال اذا كان نصفين والربح اثلاثا فصاحب الزيادة
يستحقها بلا ضمان اذ الضمان بقدر رأس المال ولان الشركة عندهما في الربح للشركة في
الاصل ولهذا يشترطان الخلط فصار بمنزلة نماء الاعيان فيستحق بقدر الملك في الاصل ولنا

عليه السلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولان الربح كما يستحق بالمال
يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واهدى او اكثر عملا واقوى فلا يرضى
بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح لاحدهما لانه يخرج العقد من
الشركة ومن المضاربة ايضا الى قرض باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال وهذا
العقد يشبه المضاربة من حيث انه يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان
فعملنا بشبه المضاربة وقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل
عليهما قال ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة
في المال ليس بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه الذي
ذكرناه ويجوز ان يشتركا ومن احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي لا يجوز
وهذا بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس وسنبينه
بعد ان شاء الله تعالى قال وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الآخر
لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصل في الحقوق قال ثم يرجع على
شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه يرجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله
فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه قال واذا
هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان المعقود عليه في عقد
الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع
بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمن فيهما بالتعيين وانما يتعينان
بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة
شركة صاحبه في ماله الا ليشركه صاحبه في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد (لعدم فايدته م)
وايهما هلك هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده
بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين وان اشترى احدهما
بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام
الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رحمه الله
خلافا للحسن بن زياد حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا ينتقض بهلاك
المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته ونقد الثمن
من مال نفسه وقد بينا هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك
احدهما ثم اشترى الآخر بمال الآخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على

ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون
شركة ملك ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم ينصا على
الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة بحكم الوكالة التي تضمنتها
الشركة فاذا بطلت بطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرح بالوكالة لانها مقصودة قال وتجوز
الشركة وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي لا تجوز لان الربح فرع المال ولا
يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا
يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو يستحق
رب المال الربح بكونه نماء ملكه اما ها هنا بخلافه وهذا اصل كبير حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط
الخلط ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا تجوز شركة التقبل والاعمال لانعدام
المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد يسمى شركة فلا بد من
تحقق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد
الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف لانه في النصف اصيل وفي النصف وكيل واذا
تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار
كالمضاربة فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا تجوز
الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه
لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال ولكل واحد من المتفاوضين و
شريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولانه له ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض
دونه فملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة
لانها دون الشركة فتتضمنها وعن ابي حنيفة انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية
الاصل لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجرة بل اولى لانه تحصيل
بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله قال ويوكل من يتصرف
فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء
حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده
في المال يد امانة لانه قبض المال باذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال
واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال
ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي وزفر لا يجوز لان هذه شركة لا تفيد
مقصودها وهو التثمير لانه لا بد من رأس المال وهذا لان الشركة في الربح تبتنى على الشركة في المال على

اصحابنا على ما قررناه وذلك ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل لانه لما كان وكيلا في النصف
اصيلا في النصف تحققت الشركة في المال المستفاد وما يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك
وزفر مع الشافعي وان شرطا الشركة لا تجوز الشركة وهو ما ذكره لا يتفاوت ولو شرطا العمل نصفين والمال
اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلا يجوز العقد
لتأديته اليه وصار كشركة الوجوه وكذلك نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لان الربح في جنس ...
جنس وقد اختلف لان راس المال عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر
بقدر ما يتقوم به فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق والربح يتحقق في جنس المتفق وربح
ما لم يضمن لا يجوز الا في المضاربة **قال** وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه
حتى ان كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالاجر ويبرأ الدافع بالدفع اليه وهذا ظاهر في
المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى
المفاوضة وجه الاستحسان ان هذه الشركة مقتضية للضمان الا ترى ان ما يتقبله كل واحد منهما من
العمل مضمون على الآخر ولهذا يستحق الاجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل
واقتضاء البدل **قال** واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما
ويبيعا فتصح الشركة على هذا سميت به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وانما
تصح مفاوضة لانه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الابدال واذا اطلقت تكون عنانا لان مطلقه
ينصرف اليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والوجه من الجانبين ما بيناه في شركة التقبل **قال**
وكل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لان التصرف على الغير لا يجوز الا بوكالة او بولاية ولا ولاية
فيتعين الوكالة فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا
فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك وهذا لان الربح لا يستحق الا بالمال او العمل او بالضمان فرب المال
يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والاستاذ الذي يلقي العمل على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق
بما سواها الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق
الربح في شركة الوجوه بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى فكان الربح الزائد عليه
ربح ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان لانه في معناها
من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب
والاحتشاش والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في اخذ
كل شيء مباح لان الشركة متضمنة معنى الوكالة والتوكيل في اخذ المباح باطل لان امر الموكل به غير صحيح
والوكيل يملكه بدون امره فلا يصلح نائبا عنه وانما يثبت الملك لهما بالاخذ واحراز المباح فان اخذاه معا فهو بينهما

نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وان اخذه احدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو للعامل وان
عمل احدهما واعانه الآخر في عمله بان قلعه احدهما وجمعه الآخر او قلعه وجمعه احدهما وحمله الآخر
فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد
عرف في موضعه **قال** واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقيا عليهما الماء فالكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي استقى وعليه
اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه اجر مثل البغل اما فساد
الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو الماء واما وجوب الاجر فلان المباح اذا صار
ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير وهو البغل او الراوية بعقد فاسد فيلزمه
اجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط التفاضل لان الربح فيه تابع للمال
فيتقدر بقدره كما ان الريع تابع للبذر في المزارعة والزيادة انما تستحق بالتسمية وقد فسدت
فبقي الاستحقاق على قدر راس المال **قال** واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق
بدار الحرب بطلت الشركة لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل
بالموت وكذا بالالتحاق مرتدا اذا قضى القاضي بلحاقه لانه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل
ولا فرق بينهما اذا علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة
بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لانه عزل قصدي **قال**
وليس لواحد من الشريكين ان يؤدي زكوة مال الآخر الا باذنه لانه ليس من جنس التجارة فان اذن كل
واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء
الاول او لم يعلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن اذا لم يعلم وهذا اذا ادى على التعاقب
اما اذا اديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا الخلاف المامور باداء الزكوة
اذا تصدق على الفقير بعدما ادى الآمر بنفسه لهما انه مامور بالتمليك من الفقير وقد اتى
به فلا يضمن للموكل وهذا لان في وسعه التمليك لا وقوعه زكوة لتعلقه بنية الموكل وانما يطلب منه
ما في وسعه وصار كالمامور بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعدما زال الاحصار وحج الآمر لم
يضمن المامور علم او لم يعلم ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار
مخالفا وهذا لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم
الضرر الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا علم او لم
يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الخلاف وقيل بينهما فرق ووجهه
ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا الاداء واجب

لا عبرة للاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه
ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رح وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه
ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بنصيبه كما في شرى الطعام والكسوة وله
ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه لانه لا طريق لاثبات الحل
الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة فاثبتناه بالهبة الثابتة في
ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد
فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة وفي مسألتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما
شاء بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رح لا يزول ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد
وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى
يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رض الوقف لغة هو الحبس تقول وقفت الدابة واوقفتها
بمعنى وهو في الشرع عند ابي حنيفة حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة
العارية ثم قيل المنفعة معدومة فالتصدق بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو
الملفوظ في الاصل والاصح انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على
حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد فيلزم ولا يباع
ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قول النبي عم لعمر رض حين اراد ان يتصدق ولا يوهب
بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ولا يورث
ليصل ثوابه اليه على الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع
وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة رح قوله عم لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح رض جاء
محمد عم ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة وسكنى وغير ذلك
والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته الى مصارفها ونصب
القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه يحتاج الى التصدق بالغلة
دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان يزول ملكه لا الى مالك لانه
غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى
ولهذا لا يجوز الانتفاع به وهاهنا لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رض

عنه قال في الكتاب لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم
صحيح لانه قضاء في فصل مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحاكم المولى فاما المحكم ففيه اختلاف المشايخ ولو
وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة رح وعندهما
يلزم الا انه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول
عند ابي يوسف رح وهو قول الشافعي رح لانه بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد رح لا بد من
التسليم الى المتولي لانه حق الله تعالى وانما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد لان التمليك من الله تعالى وهو مالك
الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه فنزل منزلة الزكوة والصدقة قال واذا
صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم
يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لا يتوقف عليه بل ينفذ بيعه كسائر
املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط المالك الاول كسائر املاكه قال رض قوله خرج عن ملك الواقف
ان يكون قوله على الوجه الذي سبق تقريره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف رح
لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد رح لا يجوز لان اصل القبض
عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد رح
ايضا لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا
يحتمل القسمة ايضا عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما في غاية
القبح بان يقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف
لامكان الاستغلال وقسمة الغلة قال ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي
عند محمد رح لان الشيوع مقارن كما في الهبة بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث
في الثلثين بعد موت المريض وقد وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك
طارئ ولو استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى هذا الهبة
والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى يجعل آخره بجهة لا
تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما
ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم
انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف
ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى
جهة تنقطع ومرة بالصرف الى جهة تتابد فيصح في الوجهين وقيل ان التابيد شرط بالاجماع الا

الا عند ابي يوسف لانه شرط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئة عنه لما بينا انه ازالة
الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها للفقراء
وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او بالغلة وذلك
قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز
وقف العقار لان جماعة من الصحابة وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رض وهذا على الا
ارسال قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز
وكذا سائر آلات الحراثة لانه تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا
كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد معه فيه لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف
عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا اولى وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل
الله وابو يوسف معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل وجه الاستحسان
الاثار المشهورة فيه فمنها قوله عم واما خالد فقد احتبس ادرعه واكراعه في سبيل الله وطلحة حبس
[illegible] في سبيل الله ويروى اكراعه وكراعه ... [illegible] ... الابل لان العرب
[illegible] ويجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفاس والمر والقدوم
والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف لا يجوز لان القياس
انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه ومحمد يقول القياس قد يترك بالتعامل
كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه الحاقا
لها بالمصاحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر فقهاء الامصار على قول
محمد وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله
يجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه
لا يتأبد ولا بد منه على ما بيناه فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث
السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد سنام الدين
وكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال واذا صح الوقف لم يجز بيعه و
لا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف فيطلب الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع
التمليك فلما بيناه واما جواز القسمة فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون
معنى المبادلة الا انا في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم تكن بيعا وتمليكا
ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف وبعد
موته الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي او يبيع نصيبه الباقي

الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما
ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى الواقف جاز و
يكون بقدر الدراهم شراء قال والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته
شرط ذلك الواقف او لم يشترط لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة
فيثبت شرط العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها
على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء ولا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة فتجب
فيها وان كان الوقف على رجل بعينه وآخره للفقراء فهي في ماله اي مال شاء في حال حياته ولا
يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما يستحق العمارة عليه بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة
التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف
عليه فاما الزيادة على ذلك فليست بمستحقة عليه والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه
ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك الوقف عند البعض وعند الآخرين يجوز ذلك والاول اصح
لان الصرف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال فان وقف
دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد
الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها واذا عمرها رد
الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت
السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع
صاحب البذر في المزارعة فلا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد
ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه
الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها
لانه لا بد من العمارة ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال
صرفها فيها والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة
عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز ان يقسمه
يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف عليهم فيها انما حقهم في
المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال واذا جعل الواقف غلة الوقف
لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف قال رض ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية
اليه اما الاول فهو جائز عند ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي
وبه قال الشافعي وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز

وقيل هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما إذا شرط البعض لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء
وفيما إذا شرط الكل لنفسه في حال حياته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف وشرط البعض
أو الكل لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا فهو للفقراء والمساكين فقد قيل
يجوز بالاتفاق وقيل هو على الخلاف أيضا وهو الصحيح لأن اشتراطه لهم في حال حياته كاشتراطه لنفسه
وجه قول محمد رح أن الوقف تبرع على وجه التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراط البعض
أو الكل لنفسه يبطله لأن التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط
بعض بقعة المسجد لنفسه ولأبي يوسف رح ما روي أن النبي عم كان يأكل من صدقته والمراد
منها صدقته الموقوفة ولا يحل الأكل منها إلا بالشرط فدل على صحته ولأن الوقف إزالة الملك إلى الله تعالى
على وجه القربة على ما بيناه فإذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله تعالى لنفسه لا أن
يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما إذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب
منه أو يدفن فيه ولأن مقصوده القربة وفي الصرف إلى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل
على نفسه صدقة قال ولو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى إذا شاء ذلك فهو جائز
عند أبي يوسف وعند محمد رح الوقف جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار في الوقف لنفسه ثلاثة أيام جاز
الوقف والشرط عند أبي يوسف رح وعند محمد رح الوقف باطل وهذا البناء على ما ذكرنا وأما فصل الأول
فقد نص فيه على قول أبي يوسف رح وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال في
وقفه وقال أقوام إن شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لم تكن له ولاية قال مشايخنا
الأشبه أن يكون هذا قول محمد رح لأن من أصله أن التسليم إلى القيم شرط لصحة الوقف فإذا سلم
لم يبق له ولاية فيه ولنا أن المتولي إنما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل أن لا يكون له الولاية وغيره
يستفيد الولاية منه ولأنه أقرب الناس إلى هذا الوقف فيكون أولى بولايته كمن اتخذ مسجدا
يكون أولى بعمارته ونصب المؤذن فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لأنه أقرب الناس إليه ولو
أن الواقف شرط ولايته لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي أن ينزعها من
يده نظرا للفقراء كما له أن يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا إذا شرط أن ليس للسلطان ولا القاضي
أن يخرجها من يده ويوليها غيره لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل فصل وإذا بنى مسجدا
لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فإذا صلى فيه واحد زال
ملكه عند أبي حنيفة رح أما الإفراز فلأنه لا يخلص لله تعالى إلا به وأما الصلوة فيه فلأنه لا بد من التسليم
عند أبي حنيفة ومحمد رح ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه أو لأنه لما تعذر القبض
يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه في رواية عن أبي حنيفة وكذا عن محمد رح لأن

لأن فعل الجنس متعذر فيشترط أدناه وعن محمد رح أنه يشترط الصلوة بالجماعة لأن المسجد
لا يبنى لذلك في الغالب وقال أبو يوسف رح يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لأن التسليم عنده ليس
بشرط لأنه إسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط حق العبد وصار كالإعتاق وقد
بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد إلى
الطريق وعزله عن ملكه فله أن يبيعه وإن مات يورث عنه لأنه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به
ولو كان السرداب لمصالح المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه أنه قال إذا جعل السفل
مسجدا وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لأن المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو وعن
محمد رح على عكس هذا لأن المسجد معظم وإذا كان فوقه مسكن أو مستغل يتعذر تعظيمه وعن أبي
يوسف رح أنه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل فكأنه اعتبر الضرورة
وعن محمد رح أنه حين دخل الري أجاز ذلك كله لما قلنا قال وكذلك إذا اتخذ
وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فيه يعني له أن يبيعه ويورث عنه لأن
المسجد ما لا يكون لأحد فيه حق المنع وإذا كان ملكه محيطا بجوانبه كان له حق المنع فلم يصر
مسجدا ولأنه أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد رح أنه لا يباع ولا يوهب و
لا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن أبي يوسف رح أنه يصير مسجدا لأنه لما رضي بكونه مسجدا ولا
يصير مسجدا إلا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الإجارة من غير ذكر قال
ومن اتخذ أرضه مسجدا لم يكن له أن يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لأنه تجرد
عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لأن الأشياء كلها لله تعالى وإذا أسقط العبد ما ثبت له
من الحق رجع إلى أصله فانقطع تصرفه عنه كما في الإعتاق ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه
يبقى مسجدا عند أبي يوسف رح لأنه إسقاط منه فلا يعود إلى ملكه وعند محمد رح يعود إلى ملك الباني
أو إلى وارثه بعد موته لأنه عينه لنوع قربة وقد انقطعت وصار كحصير المسجد وحشيشه إذا
استغني عنه إلا أن أبا يوسف رح يقول في الحصير والحشيش إنه ينقل إلى مسجد آخر قال ومن
بنى سقاية للمسلمين أو خانا يسكنه بنو السبيل أو رباطا أو جعل أرضه مقبرة لم يزل ملكه عن
ذلك حتى يحكم به حاكم عند أبي حنيفة رح لأنه لم ينقطع عن حق العبد ألا ترى أن له أن ينتفع به فيسكن
في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم أو الإضافة
إلى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لأنه لم يبق له حق الانتفاع به فخلص
لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند أبي يوسف رح يزول ملكه بالقول كما هو أصله إذ التسليم عنده ليس
بشرط والوقف لازم وعند محمد رح إذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا

في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى
بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر الموقوفة والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه كلها
لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون
تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه واذا
سلم اليه صح التسليم والمقبرة في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل
بمنزلة السقاية والخان فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يصح وان كان بخلاف العادة
قال ولو جعل دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى
للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في
سبيل الله ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة
تحل للفقراء دون الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية و
غير ذلك يستوي فيه الفقير والغني والفارق هو العرف في الفصلين فان اهل
العرف يريدون بذلك في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء
ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا
يحتاج الى صرف هذه الغلة لغناه

تم المجلد الاول

الحمد لله ذي وفق للاتمام ووفق للفوز [illegible]
[illegible] والحمد لله ولي الانعام والصلاة
على محمد وعلى آله وصحبه وعليهم
السلام [illegible]
الاتمام
[illegible] بحق النبي عليه [illegible] الرحمن وقت
الاشراق في اليوم الخامس والعشرين من جمادى الاولى
في [illegible] الاربعاء كتبه [illegible] الفقير
[illegible] علي بن يوسف
[illegible]

قال البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظي الماضي مثل ان يقول احدهما بعت
والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع
للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر
الفرق هناك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه
يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح
لتحقق المراضاة قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس
وان شاء رده وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا
لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع عنه لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر
المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب
كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في
بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين
ثمن كل واحد منهما لانه صفقات معنى قال وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان
القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرناه واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع و
لا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار
المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا
يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا
بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج
الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا
تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم
والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه
صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل
معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما

[illegible] ولا بد أن يكون الأجل معلوما لأن الجهالة فيه مانعة
من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها قال ومن
أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه المتعارف وفيه التحري للجواز
فيصرف إليه فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهذا إذا كان الكل
في الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها
أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحريا للجواز وهذا إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت
سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز
البيع إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة
ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا
إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون
يدا بيد بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولأن الجهالة غير مانعة من
التسليم فشابه جهالة القيمة قال ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر
بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه
قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فتتحقق المنازعة وعن أبي
حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا والأول أصح وأظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز
بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة إلا أن يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين
له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول
الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها
غير مانع كما إذا باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة
فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة القفزان لأنه
علم ذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع قال ومن باع
قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذا من باع ثوبا مذارعة
كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز
في الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع وذراع
من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة
فيه وتفضي في الأول فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها
أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة

عليه فلم يتم رضاه بالموجود وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين
والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة
ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك لأن
الذرع وصف في الثوب ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من
الثمن كما في أطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول لأن
المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل
الرضا وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لأنه صفة فكان بمنزلة
ما إذا باعه معيبا فإذا هو سليم ولو قال بعتكها على أنها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدها
ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها وإن شاء ترك لأن الوصف وإن كان
تابعا لكنه صار أصلا بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لأنه لو أخذه
بكل الثمن لم يكن آخذا لكل ذراع بدرهم وإن وجدها زائدة فهو بالخيار إن شاء أخذ
جميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان
نفعا يشوبه ضرر فيتخير وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلا ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذا
بالمشروط ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة
وقالا هو جائز وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما أن عشرة أذرع من
مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو
المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة
الذرعان أو لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى عدلا على أنه عشرة
أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع لجهالة المبيع أو الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في
فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند أبي حنيفة
لا يجوز في النقصان أيضا وليس بصحيح بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما
مروي حيث لا يجوز فيهما وإن بين ثمن كل واحد منهما لأنه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد
في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى ثوبا واحدا على أنه
عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف قال أبو حنيفة في الوجه
الأول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الثاني يأخذه بتسعة إن شاء وقال أبو يوسف في الوجه
الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء وفي الثاني يأخذه بعشرة إن شاء وقال محمد في الوجه الأول يأخذه
بعشرة ونصف إن شاء وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لأن من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم

في بيت نصف بنصف تجري عليه حكما ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع
منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بالاقل لم ينتفع ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم
المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت
جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى
هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه ۔ فصل ۔ ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه
لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له
ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه البناء ولا يدخل
الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا او شجرا
فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا
ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال
للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان
عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد
الزرع لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت
مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض
كتسليم المعوض ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين
للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت
الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم
تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل
ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها
ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا
وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به ۔ قال ۔
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او
في الثاني وقد قيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا
لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخيل فسد
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهو اعارة
او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها

في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي ح وابي يوسف رحمهما الله
لما قلنا واستحسنه محمد رحمه الله للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو
الذي يزيد لمعنى من الارض او الشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها
بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها
على النخيل وقد استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف
والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه
حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا
فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط
والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشتري
الاصول لتحصل الزيادة على ملكه ۔ قال ۔ ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا
معلومة خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا
لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو قول الطحاوي واما
على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه
من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان
لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ۔ قال ۔ ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشرها
وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الباقلاء الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق
في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبلة قولان وعنده لا يجوز ذلك كله لان
المعقود عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما روي
عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة ولانه حب
منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما
لا يجوز لاحتمال الربا حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسالتنا لو باعه بجنسه لا يجوز لشبهة
الربا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل ۔ قال ۔ ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح
اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية
لانه بمنزلة بعضه اذ لا ينتفع به الا به ۔ قال ۔ واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل
فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا بيع مكايلة وكذا اجرة الوزان والزراع
والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لان النقد يكون بعد التسليم الا ترى
انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده

رواية ابن سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولا لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين وعدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر منها عند أبي ح وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا أنه إذا أجاز في الثلث جاز عند أبي ح خلافا لزفر هو يقول إنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الأول قال ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز وإلى أربعة أيام لم يجز عند أبي ح وأبي يوسف وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر أبو ح على أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسألة قياس آخر إليه مال زفر وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد أولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وإن قبضه بإذن البائع ولو قبضه المشتري وهلك في يده في المدة ضمنه بالقيمة

لأن البيع ينفسخ بالهلاك لأنه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالبيع المطلق قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع لأن البيع في جانب الآخر لازم وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار لأنه شرع نظرا له دون الآخر قال إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي ح وقالا يملكه لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولأبي ح أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا أصل له في الشرع لأن المعاوضة تقتضي المساواة ولأن الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بأن كان قريبه فيفوت النظر قال فإن هلك في يده هلك بالثمن وكذا إذا دخله عيب بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح لأنه لم يملكها لما له من الخيار وإن وطئها له أن يردها لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكرا لأن الوطء ينقصها وهذا عند أبي ح وقالا يفسد النكاح لأنه ملكها وإن وطئها لم يردها لأن وطأه بالملك فيمتنع الرد وإن كانت ثيبا ولهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري إذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما إذا قال إن اشتريت لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها أن حيض المشتراة في المدة لا يجتزأ به عن الاستبراء عنده وعندهما يجتزأ ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب على البائع الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافا لهما ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا مأذونا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي على خياره عنده لأن الرد امتناع عن التملك والمأذون له يليه وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من أهله ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها

فلا يملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم. قال: ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في المدة وله أن يجيز، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضرا عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف يجوز وهو قول الشافعي، والشرط هو العلم وإنما كنى بالحضرة عنه. له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة، ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع. ولهما أنه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب لسلعته مشتريا فيما إذا كان الخيار للمشتري، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه، وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه، ولا نقول إنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط. ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ.

قال: وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته، وقال الشافعي يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين. ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة فلا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال، بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث، فأما نفس الخيار لا يورث، وأما خيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لا أن يورث الخيار.

قال: ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض، وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا، وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر، لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري. ولنا أن الخيار لغير العاقد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه، وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار، فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض. ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره، ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى. وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه، ووجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا تلحقه الإجازة، ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف. وقيل الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف، واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد يعتبر تصرف الموكل وأبو يوسف يعتبرهما.

قال: ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد، وإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع. والمسألة على أربعة أوجه: أحدها أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب، وفساده لجهالة الثمن والمبيع، لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم. والثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم، وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر. والثالث أن يفصل ولا يعين، والرابع أن يعين ولا يفصل، والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن.

قال: ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز، وكذلك الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد. والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي. وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع، فكان في معنى ما ورد به الشرع، غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها، والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار، وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة، والرخصة ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما. ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع الصغير، وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا. وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما. ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين، وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة، والأول تجوز واستعارة. ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب، ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما، ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردهما جميعا، ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط، ولهذا لا يتوقت في حق الوارث، وأما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل.

قال: ومن اشترى دارا على أنه بالخيار فبيعت دار إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا، لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار، وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتا، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة خاصة. قال: وإذا اشترى الرجلان عبدا على أنهما بالخيار

احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رحه وقالا له ان يرده وعلى هذا الاختلاف خيار العيب
وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثبات لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه
من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه
الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد
قال ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب
التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد
بفواته العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه
بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال
الشافعي رحه لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار
اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف
في المعاين المشار اليه قال وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية
لما روينا فلا يثبت قبلها وحق الفسخ قبل الرؤية بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل
العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له
وكان ابو حنيفة رحه يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد
بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن
البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان
عثمان رضه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار
بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة ثم خيار الرؤية غير
موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان
تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة
يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع
بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله
بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او
الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط

لتعذره فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت
آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان
الباقي اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب والدواب لا بد
من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون
مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة اذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرض
بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع
العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره
وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحه وفي شاة اللحم لا بد من
الجس لان المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من
الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد
بيوتها وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول
داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن
متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت فالنظر الى الظاهر لا يوقع
العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون
نظر الرسول كنظر المشتري وهذا عند ابي حنيفة رحه وقالا هما سواء وله ان يرده قال رضه معناه الوكيل
بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط
الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار الشرط والعيب والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام
ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء
خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل بخلاف ما اذا قبضه مستورا ثم رآه
لانه لما قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بخلاف خيار
العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك
التام منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار هو المقصود بالخيار فيكون بعده وكذا لا يملكه وكيله وبخلاف
الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض اذا كان رسولا في البيع قال
وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد قررناه ثم يسقط خياره
بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق
كما في البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم
وعن ابي يوسف رحه انه اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه

يقام مقام حقيقته في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلوة وإجراء
الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج قال ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر
جاز له أن يردهما لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية للآخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم لا
يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية
قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الأصل ومن مات
وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا
ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التي رآه فلا خيار له لأن العلم بالأوصاف حاصل له بالرؤية السابقة
وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضاء به قال وإن وجده متغيرا فله الخيار لأن
تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه فكأنه لم يره وإن اختلفا في التغير فالقول للبائع لأن التغير
حادث وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا لأن الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما إذا اختلفا
في الرؤية لأنها أمر حادث والمشتري ينكره قال ومن اشترى عدل
زطي ولم يره فباع منه ثوبا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها إلا من عيب وكذلك خيار الشرط
لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط
يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم
قبله وفيه وضع المسألة فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الأئمة
وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

قال إذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء
رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فوته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به
وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولأنه لم يرض
بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد عيب كان
عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به وكل ما أوجب نقصان
الثمن في عادة التجار فهو عيب لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته
عرف أهله قال والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا
بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت
عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره وهذا لأن
سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف

المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد
الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق
عيبا قال والجنون في الصغر عيب أبدا ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده
في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن
وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول
فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش
وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام لأن المقصود هو الاستخدام فلا يخلان به إلا أن يكون من
داء لأن الداء عيب قال والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا
عادة له على ما قالوا لأن اتباعهن يخل بالخدمة قال والكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر
عن صحبته ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده
لأنه زوال العيب فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع
الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند
أبي حنيفة ويعرف ذلك بقول الأمة فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو
الصحيح قال وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله أن
يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا
فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه
رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لأنه امتنع الرد بالقطع
فإنه عيب حادث وإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي به
فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضاء البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان
فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع
الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن
الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه قال
فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا
للمبيع وعن هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب
لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني
بعده بالتسليم إليه قال ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع

اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان
لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء للملك لان
الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت
لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كان الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي قال فان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس
البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض قال فان قتل
المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف انفه
فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك
فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه ما اوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا
مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى
تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل
مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم
يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام
واحد فصار كبيع البعض وعندهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما بقي لانه لا يضره
التبعيض قال ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا فكسره فوجده
فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح
قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر
عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي يرده لان
الكسر بتسليط منه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما اذا كان ثوبا فقطعه
ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عنه جوز عادة كالواحد والاثنين
في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع
بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان
قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده على بائعه لانه فسخ من الاصل
فجعل البيع كان لم يكن غاية الامر انه انكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى
القضاء بالاقرار انه انكر الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه
بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان فيفسخ

الثاني لا يفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده لانه بيع جديد في حق ثالث
وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما وفي الجامع الصغير وان رد عليه باقرار بغير قضاء بعيب لا
يحدث مثله لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث
مثله سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند
البائع الاول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف
البائع او يقيم المشتري بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه
بدعوى العيب ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو
قضي بالدفع فلعله يظهر العيب ودفع الثمن اولا لتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو
قضي بالدفع ينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه فان قال المشتري شهودي بالشام
استحلف البائع ودفع الثمن يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع
كثير ضرر لانه على حجته اما اذا نكل الزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا
فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده والمراد التحليف على انه
لم يابق عنده لان القول وان كان قوله ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب
عند المشتري ومعرفته بالحجة فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه وما ابق قط كذا قال في
الكتاب وان شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او بالله ما ابق عندك
قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان
فيه ترك النظر للمشتري لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول
عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو
لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عنده يحلف على
قولهما واختلف المشايخ على قول ابي حنيفة لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة
فكذا يترتب التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس تصح الا من
خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه
الذي قدمناه قال رضي الله عنه اذا كانت الدعوى في اباق الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ
مبلغ الرجال لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد الكبر قال ومن اشترى
جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري بعتنيها
وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض
كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ومن

اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما لأن
الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقا قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن القبض له شبه بالعقد
فالتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف
أنه يرده خاصة والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم
للكل وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما
ثم وجد بأحدهما عيبا رده خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن
ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا
أنه تفريق بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط
لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر قال ومن اشترى
شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله أو أخذه كله ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا
كان من جنس واحد فهو كشيء واحد ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا إذا كان
في وعاء واحد فإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب
دون الآخر ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا إذا كان بعد القبض أما إذا
كان قبل القبض فله أن يرد ما بقي لتفرق الصفقة قبل التمام قال وإن كان ثوبا فله
الخيار لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون
ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لأن
ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن الخيار هناك للاختبار وأنه بالاستعمال
فلا يكون الركوب مسقطا وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فليس
برضا أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد والجواب في السقي والعلف محمول على ما إذا كان
لا يجد بدا منه إما لصعوبتها أو لعجزه أو لكون العلف في عدل واحد أما إذا كان يجد بدا منه ينعدم
ما ذكرناه لكونه رضا قال ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يرده
ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق وعلى هذا الخلاف إذا
قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع
سبب القطع والقتل وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده و
صار كما إذا اشترى جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير
حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق

وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من
المسألة ممنوع ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا
وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قبل البائع
فبثلاثة أرباعه لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي إحداهما الرجوع فيتنصف
فلو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض كما في الاستحقاق وعندهما يرجع
الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد
على مذهبهما لأن العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب
بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول
إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا
تفضي إلى المنازعة وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في
هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه
الحادث وهو قول زفر لأن البراءة تتناول الثابت ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط
حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

قال إذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا إذا
كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول
البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فإن هذه
الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال
فإنه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند
بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لأنه لا يكون
أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما
كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبينه إن شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به
ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنبينه بعد إن شاء الله تعالى و
كذا بيع الميتة والدم والحر باطل لأنها ليست أموالا فلا تكون محلا للبيع وأما بيع الخمر والخنزير إن كان
قوبل بالدين كالدراهم فالبيع باطل وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن
كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير عند أهل الذمة إلا أنه غير
متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا إعزاز له وهذا

لأنه لو اشتراها بالدراهم فالدراهم غير معقود عليها لكونها وسيلة لما أنها لا يتعين والمقصود
الخمر فيسقط التقوم أصلاً بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك
الثوب بالخمر وفيه إعزاز الثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا إذا باع الخمر بالثوب
لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة قال وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد
معناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية
انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في
حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز وإن رضي المكاتب ففيه روايتان
والأظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رح وقد ذكرناه في
العتاق قال وإن ماتت أم الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رح
وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض على جهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال
وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملكهما بضمهما إلى القن في البيع بخلاف المكاتب
لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان بالقبض وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته
في محل يقبل حقيقته وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في
حق أنفسهما وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في
حكم عقده بانفراده وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه كذا هذا قال ولا يجوز
بيع السمك قبل أن يصطاد لأنه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه
غير مقدور التسليم ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا
اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا بيع الطير في الهواء لأنه
غير مملوك قبل الأخذ وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن
بيع الحبل وحبل الحبلة ولأن فيه غرراً قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولأنه
ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه
من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من
أعلاها وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع
وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن وهو
حجة على أبي يوسف رح في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه قال وجذع في
سقف وذراع من ثوب ذكر القطع أو لم يذكر لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا

باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا
وللجهالة أيضاً ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال المفسد
بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً وإن شقهما وأخرج المبيع
لأن في وجودهما احتمالاً أما الجذع فعين موجود قال وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد
بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً قال وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على
النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصاً لأنه عليه السلام
نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة فالمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها
خرصاً ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض وكذا
العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رح يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه نهى عليه السلام عن
المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية
لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون
براً مبتدأ قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن
يتراوض الرجلان على سلعة أي يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع
المشتري عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث إلقاء الحجر
وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولأن فيه تعليقاً بالخطر قال ولا يجوز
بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع
استحساناً وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها والمراد الكلأ
أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث وأما الإجارة فلأنها عقدت
على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب
لبنها لا يجوز فهذا أولى قال ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف
وقال محمد يجوز إذا كان محرزاً وهو قول الشافعي رح لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعاً فيجوز
بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما أنه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير و
الانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعاً به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها
من النحل يجوز تبعاً له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة رح لأنه من الهوام
وعند أبي يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعاً له وعند محمد رح يجوز كيف ما كان لكونه منتفعاً
به ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة رح وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل أبو يوسف مع
أبي حنيفة رح كما في دوده والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز البيع لأنه مال مقدور

التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال الا ان يبيعه من
رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في
حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد
العقد اذا كان في يده وكان اشهد عليه لانه قبض امانة وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع
ولو كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني لا يجوز لانه
آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد
لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد
انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع
وهكذا يروى عن محمد رحمه الله قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب
طاهر ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية
بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها
فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده
وهو الحي ولا حياة في اللبن قال ولا يجوز بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له ويجوز
الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع
ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع
دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها قال ولا يجوز بيع شعور الانسان ولا الانتفاع بها لان الآدمي مكرم لا مبتذل فلا
يجوز ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما
يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة
قبل ان تدبغ لانه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ
على ما عرف في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها طهرت بالدباغ ولا
بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها
طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما
بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل لرجل وعلوه لرجل آخر
فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان حق التعلي ليس
بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض
باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن

بالاتلاف وله قسط من الثمن على ما ذكرنا في كتاب الشرب قال وبيع الطريق
وهبته وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع
حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين المسألتين ان الطريق معلوم لان
له طولا وعرضا معلوما واما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني
ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احداهما بينه وبين حق التسييل ان حق المرور
معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض فهو
مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين ان حق التعلي يتعلق بعين
لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان
قال ومن باع جارية فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة
حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتني على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد وهو ان الاشارة
مع التسمية اذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق
بالمشار اليه وينعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو
كاتب وفي مسألتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات
جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل والدبس
والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما قال ومن اشترى جارية بالف
درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن الاول لا يجوز البيع الثاني
وقال الشافعي يجوز لان الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء
وصار كما لو باع بمثل الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها
لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد
بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل
في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف
ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة
ثم باعها واخرى معها من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها
من البائع ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون
مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد
لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار شبهة الربا او لانه طارئ لانه يظهر
بانقسام الثمن او المقاصة فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان

بزنه بغلافه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح
عنه بوزن الظرف جاز لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه قال
ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف فوجده عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو
خمسة أرطال فالقول قول المشتري لأنه إن اعتبر اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول
قول القابض ضمينا كان أو أمينا وإن اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في
الثمن فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة قال وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر
أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل
المحرم ببيع صيده لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى
الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته
وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن
كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو
أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد لأنه بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه
أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط وكل شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط
أن لا يبيع المشتري العبد المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا أو لأنه يقع بسببه المنازعة
فيعرى العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفا لأن العرف قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه
العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة
لأنه انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة إذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط
لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتما والشرط يقتضي ذلك
وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة
فالحجة عليه ما ذكرناه وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه فلو أعتقه
المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح العقد حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة وقالا يبقى
فاسدا حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا كما إذا تلف بوجه آخر
ولأبي حنيفة أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه
يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فإذا
تلف بوجه آخر لم يتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد وإذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيترجح جانب
الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال ولو باع عبدا على أن يستخدمه البائع

شهرا أو دارا على أن يسكنها البائع مدة معلومة أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدي
له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه عليه السلام نهى عن بيع وسلف
ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون
إعارة في بيع وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على أن لا يسلمها إلى
رأس الشهر فالبيع فاسد لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لأن الأجل شرع
ترفيها فيليق بالديون دون الأعيان قال ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع والأصل أن
ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف
الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا
فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة غير أن
المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا
تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية
لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث
يجري فيما في البطن بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها قال ومن اشترى ثوبا
على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع
أو يشركه فالبيع فاسد قال ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل
فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع إلى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل وهي مفضية إلى المنازعة
في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم جاز لأن مدة صومهم بالأيام معلومة فلا جهالة قال ولا يجوز البيع إلى قدوم
الحاج وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن
الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ولأنه معلوم الأصل
ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه
لا يحتملها في أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث يجوز
لأن هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل
بالشروط الفاسدة قال ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ
الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر لا يجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب

جاز او صار كاسقاط الاجل في النكاح للاجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل
تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح للاجل لانه متعة
وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد
باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع
فيهما عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد والشاة
وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال
زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل
الاول اذ محلية البيع منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن
كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد لانه مجهول ولابي حنيفة
وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان
القبول في الحر شرطا لبيع العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة
واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته
وفي المكاتب برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي
يوسف الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة الى
البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا
بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد منهما فصل في احكامه واذا قبض المشتري
في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال
الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا
لا يفيده قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدرهم ولنا ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال
بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع مشروع
وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض
كي لا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان
السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة
والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب
هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى

به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض
فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس
العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع
وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن
وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه مثله لانه مضمون بنفسه
بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال و
لكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون
الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ولو كان الفساد بشرط زائد
فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم تتحقق المراضاة في حق من له الشرط
قال فان باعه المشتري نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد
لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد مقدم لحاجته ولان البيع
الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف
ولانه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما
حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من جهة الشفيع قال ومن
اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه ملكه
بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر
والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك
الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا
فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد
الثمن لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي
الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم ان
كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة
الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا
فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رواه يعقوب عنه ثم شك بعد ذلك
في الرواية وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الاختلاف لهما ان حق
الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف
الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط

من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا
لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة
وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء
وثبوته على الاختلاف قال ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها
تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد
بها فيؤثر الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها
فلم يؤثر الخبث فلا يجب التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك أما الخبث لعدم الملك
فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث
إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل
إلى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها قال وكذلك إذا ادعى على آخر مالا فقضاه
إياه ثم تصادقا أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لأن الخبث لفساد
الملك هنا فلا يعمل فيما لا يتعين فصل فيما يكره ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو أن يزيد في الثمن ولا
يريد الشراء ليرغب غيره وقال عم لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عم
لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولأن في ذلك إيحاشا وإضرارا وهذا إذا تراضى
المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد فلا بأس به على ما
نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضا قال وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل
البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر
قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي وهذا إذا كان أهل البلدة
في قحط وعوز وهو أن يبيع من أهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك
فلا بأس به لانعدام الضرر قال والبيع عند أذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال
بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة قال وكل ذلك يكره
ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس
ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي عم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء
والحاجة ماسة إليه فصل ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك
إن كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عم من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين
أحبته يوم القيامة ووهب عم لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال ما فعل الغلامان فقال بعت
أحدهما فقال عم أدرك أدرك ويروى اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير

والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار
وقد أوعد عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب
غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس
فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر
لغيره لا بأس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه
بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به قال فإن
فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن أبي يوسف أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها
وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد
ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام
فإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معناه وقد صح أن النبي عم فرق بين
مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله عم من أقال نادما بيعته أقال الله عثراته يوم
القيامة ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فإن شرطا أكثر منه أو أقل فالشرط باطل
ويرد مثل الثمن الأول والأصل أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما إلا أن لا يمكن
جعله فسخا فتبطل وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف هو بيع
إلا أن لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فيبطل وعند محمد هو
فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فيبطل لمحمد أن اللفظ للفسخ
والرفع ومنه يقال أقلني عثراتي فتوفر عليه قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا ترى
أنه بيع في حق الثالث ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع
ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة
أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها
الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان
وكونه بيعا في حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية
لهما على غيرهما إذا ثبت هذا نقول إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على
الزيادة إذ رفع ما لم يكن لا يتصور فيبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
بخلاف البيع لأن الزيادة يمكن إثباتها في البيع فيتحقق الربا أما لا يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا
شرط الأقل لما بينا إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن الحط يجعل بإزاء

ما فات بالعيب وعندهما يجوز بشرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف رح وعند محمد رح بيعا كما كان فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا اذا شرط الاقل عند ابي يوسف رح لانه هو الاصل عنده وعند محمد رح هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقاله يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة رح وكذا عند ابي يوسف رح في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع باقيا

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات الامثال قال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا

كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى وبخلاف اجرة التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته قال فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة رح ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف رح يحطها فيهما وقال محمد رح يخير فيهما لمحمد رح ان الاعتبار للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رح ان الاصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول اذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط في التولية لا تبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لانه يطالب بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يبيعه مرابحة على الثمن الاخير صورته اذا اشتراه بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح عنه خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكيد حصل بغيره قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشتراه فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال

عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر
مع انه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه
شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف
الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم
يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط
شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطي وعن
ابي يوسف انه في الفصل الاول لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي اما
اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن و
قد حبسها قال ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر
بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة
ولم يبين فعلم المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في
الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة
بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان
استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن فان كان ولاه اياه ولم يبين
رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان استهلكه ثم
علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد ان شاء الله ولو لم يكن الاجل
مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا
يبينه لان الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع
فاسد لجهالة الثمن قال فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء
تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر
المجلس وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه فاذا علم في المجلس وانما يتخير
لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية فصل ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز بيعه
حتى يقبضه لانه نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك
ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز رجوعا الى اطلاق
الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله

الى اهله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه
غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الاختلاف قال
ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا
ان يأكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان صاع
البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير
حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب
مذارعة لان الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع
وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة
المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرة المشتري ولو كاله
لا يكتفي به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفي به لان المبيع صار معلوما بكيل
واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم ان شاء الله
ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما
يروى عنه لانه لا تحل له الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق
وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع
ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن
ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر
والشافعي لا يصح على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح
الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار
مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران
العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا او عدلا ولهما ولاية
الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح
يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية و
المرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي
في الحط وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لان في الزيادة ابطال حقه الثابت فلا
يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة يصح
الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله

فيلتحق بأصل العقد بمنزلة الزيادة. قال: ومن باع بثمن حالّ ثم أجّله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً
لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه، ألا يرى أنه يملك إبراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً
ولو أجّله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وإن كانت متقاربة
كالحصاد والدياس يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل. قال: وكل دين حالّ إذا أجّله صاحبه
صار مؤجلاً لما ذكرناه إلا القرض فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ
الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع
الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يُقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى
سنة حيث يلزم من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لأنه وصية بالتبرع بمنزلة
الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقاً للموصى له

باب الربا

قال: الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً فالعلة عندنا الكيل مع الجنس أو الوزن
مع الجنس، قال رضي الله عنه: ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل، والأصل فيه الحديث المشهور وهو
قوله عليه السلام: الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل يداً بيد والفضل ربا، وعدّ الأشياء الستة الحنطة والشعير و
التمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال، ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً، ومعنى
الأول بيع التمر، ومعنى الثاني بيعوا التمر، والحكم معلول بإجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرنا
وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والأصل هو الحرمة
عنده لأنه نص على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح
فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء
الأموال التي هي مناط المصالح بها، ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط، ولنا
أنه أوجب المماثلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع إذ هو ينبئ عن التقابل وذلك
بالتماثل أو صيانة لأموال الناس عن التوى أو تتميماً للفائدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته
حرمة الربا، والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى، والمعيار يسوي الذات، والجنسية تسوي
المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في
المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتاً عرفاً أو لأن في
اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام: جيدها ورديئها سواء، والطعم والثمنية من أعظم وجوه
المنافع والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه
فلا معتبر بما ذكره. إذا ثبت هذا نقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل جاز

البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار، ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله مثلاً بمثل
كيلاً بكيل وفي الذهب بالذهب وزناً بوزن، وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا، ولا يجوز بيع
الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل لإهدار التفاوت في الوصف، ويجوز بيع
الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل
ولهذا كان مضموناً بالقيمة عند الإتلاف، وعند الشافعي العلة هو الطعم ولا مخلص وهو المساواة
فيحرم، وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه، ولو
تبايعا مكيلاً أو موزوناً غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر
والجنس، وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية. قال: وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى
المضموم إليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة، وإذا وجدا
حرم التفاضل والنساء لوجود العلة، وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء
مثل أن يسلم هروياً في هروي أو حنطة في شعير فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء
بأحدهما، وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت
إلا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة
أولى، ولنا أنه مال الربا من وجه نظراً إلى القدر أو الجنس والنقدية أوجبت فضلاً في المالية
فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة، إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز
وإن جمعهما الوزن لأنهما لا يتفقان في صفة الوزن فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو
مثمن يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين، ولو باع بالنقود
موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز، فإذا اختلفا
فيه صورة ومعنى وحكماً لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة.
قال: وكل شيء نص رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبداً
وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح، وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً
فهو موزون أبداً مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك
بالأدنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها دلالة، وعن أبي يوسف
أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي
المنظور إليها وقد تبدلت، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساوياً وزناً أو الذهب بجنسه
متساوياً كيلاً لا يجوز عندهما وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما
لو باع مجازفة إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة وزناً لوجود الإسلام في معلوم. قال: وكل

وما نسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما
يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه
بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف
ما وقع على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه في المجلس لقوله عم الفضة بالفضة ها وها
معناه يدا بيد وسنبين الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه
التعيين ولا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عم في الحديث
المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية فتثبت شبهة الربوا
ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن
من التصرف ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله
عم يدا بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت وتعاقب القبض لا يعتبر
تفاوتا في المال بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين
والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا
فيه لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما
واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين
ولهما ان الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما و
اذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه
في حق العد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة
بخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد نهي عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير
عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق
لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير
مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز
بيع الدقيق بالدقيق كيلا متساويا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة
متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما
لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود
وهو التغذي يشملهما ولا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة
ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه

لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ لو
لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما
ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه
مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسئلة لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز
بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة
وكذا العنب بالزبيب على ما ياتي وقالا لا يجوز لقوله عم حين سئل عنه اينقص
اذا جف فقيل نعم فقال النبي عم لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عم حين اهدي اليه
رطب اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا جاز
البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عم اذا اختلف النوعان
فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة وكذا
الزبيب بالعنب يعني على الخلاف والوجه ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة
بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة
او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع بالمنقع منهما عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد لا يجوز جميع ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال
وهو المآل وابو حنيفة يعتبره في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه
ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول
وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه
العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون تفاوتا في عين المعقود عليه
وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع
البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لانه ليس بتمر لان هذا الاسم له من اول ما تنعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو
باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى
يكون الزيت والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لان عند ذلك
يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان ما فيه لو كان اكثر او مساويا له
فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة
فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع قال ويجوز بيع

اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الإبل والبقر والغنم وأما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك ألبان البقر والغنم وعن الشافعي أنه لا يجوز لأنها متحدة المقصود ولنا أنها فروع أصول مختلفة فكانت أجناسا فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة قال وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد قال وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان والله أعلم

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار يتناول العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى باسم خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو باسم الدار يدخل الكنيف لأنه

لأنه من توابعه ولا يدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر ما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف قال ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع إلا به إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها وإن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل قال ومن اشترى عبدا فإذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فإني عبد له فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وإن كان البائع لا يدرى أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع وإن ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن أبي يوسف أنه لا يرجع في الوجهين لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال ارتهني فإني عبد وهي المسألة الثانية ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره وإقراره أني عبد إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضمانا للسلامة كما هو موجب المعاوضة بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقيل إذا كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان

في الاعتاق فلا تناقض ويمنع الاستناد للمولى وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث
قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة قال رحمه الله ومن ادعى حقا في دار معناه حقا
مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان للمدعي
ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع
بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة
على ان الصلح من المجهول على معلوم جائز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والله اعلم

فصل في بيع الفضولي

قال رحمه الله ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ
وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك
وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله
فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث
يكفى مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغاء وفيه
نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة
لان العاقل ياذن في التصرف النافع قال رحمه الله لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد
من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا
له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ
قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن
دينا وان كان عرضا معينا انما تصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة
نقد لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا وقيمته
ان لم يكن مثليا لانه شراء من وجه والشراء لا يتوقف ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث
في الفصلين لانه توقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته و
لا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف رح اولا وهو قول محمد رح لان الاصل بقاؤه ثم رجع
ابو يوسف رح وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة قال
ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز استحسانا وهذا عند
ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عم لا عتق فيما
لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت
من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم

يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك وكذا لا يصح بيع المشتري من
الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان و
لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا
بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك لا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه
وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة
بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب
غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران
الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة
يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب
الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال رحمه الله فان قطعت
يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين
ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رح والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش
كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا
قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق
على ما مر قال رحمه الله ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم
الملك قال رحمه الله فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع
الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع
يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال رحمه الله فان لم يبعه المشتري
فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود
عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء
البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح
لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه قال رحمه الله ومن
باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد
رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة
مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك
لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا
شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام

البينة على اقرار البائع انه للمستحق قبل البيع وقوله ان العقد ينفسخ في السلعة في يد المشتري
تمكن السلعة في يده ويستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري
قال رحمه الله ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار وسنبينه

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس اشهد ان الله تعالى احل
السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم
الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس
وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال
وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان
يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود
المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب
في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع
والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت
كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه
والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه تتفاوت
آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي
حنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيه عددا
يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا
للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح
فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود
وزنا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي يجوز لانه يصير معلوما ببيان
الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ما
ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى
المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال

منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير
قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت فيها اذ هو عددي متفاوت لا مقدر
لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا
اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه
لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد
الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين
ذلك لا يجوز وقال الشافعي يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم
حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم
بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب
السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ
على شرف الزوال فصار كاباق المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح
وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير
منقطع ولا يجوز السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لانه
ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا
لما ذكرنا وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده
قال ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة وقالا اذا وصف من اللحم موضعا
معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل
ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف
موضع منه وله انه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على
اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على
الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من
القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف فلا
يكتفى به في السلم قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث
ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة
المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد
المرخص فيبقى على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه
مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف

يوم والأول أصح. ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه إذا لم يعرف
مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد
أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وإن كان مما ينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف
قال ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد تعتريه آفة فلا يقدر على التسليم
وإليه أشار عليه السلام حيث قال أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه
ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارا أو
البساخي بفرغانة. قال ولا يجوز عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا
حنطة أو شعير ونوع معلوم كقولنا سقية أو بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد
أو رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا وأجل معلوم و
الأصل فيه ما رويناه والفقه ما بينا ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره
كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان يتعلق العقد على مقداره
كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج
إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسألتان ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة وصار كالثوب ولـ
أبي حنيفة أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي أو ربما لا يقدر
على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف
ما إذا كان رأس المال ثوبا لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه إذا
أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما
ولهما في الثانية أن مكان العقد متعين لوجود العقد الموجب للتسليم ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه
فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر وصار كالقرض والغصب ولأبي حنيفة أن التسليم
غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض والغصب وإذا لم يتعين فالجهالة فيه مفضية إلى المنازعة
لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا
قال من قال من المشايخ إن الاختلاف فيه عندهما يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لأن
تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة وصورتها إذا
اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح
أنه يشترط إذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار و

فكان تسليم الدابة للإيفاء. قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان
مكان الإيفاء بالإجماع لأنه لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه قال رضي الله عنه
وهذه رواية الجامع الصغير وذكر في البيوع أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح لأن الأماكن
كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قيل لا يتعين لأنه لا يفيد وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق
ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال
ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق
عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالئ بالكالئ وإن كان عينا فلأن السلم أخذ عاجل
بآجل إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى
الاسم ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا
يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد
في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام
القبض ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر
نظيره وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله
وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين
على المسلم إليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد
طارئ إذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق
لما بينا وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ألا ترى أنهما لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا. قال ولا يجوز التصرف في
رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد
وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه
لأنه تصرف فيه قبل القبض فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى
يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك أي عند الفسخ ولأنه أخذ شبها بالمبيع
فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم
فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم
الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن أسلم في كر فلما حل الأجل
اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء وإن أمره أن يقبضه له
ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل

فلا بد من الحمل [illegible] من بيع الطعام [illegible] ما قاله [illegible]
جاز وان كان [illegible] ولكن [illegible] وانه بمنزلة ابتداء البيع لان [illegible] حقيقة
وان جعل [illegible] الاستبدال فيتحقق البيع [illegible] وان لم يكن [illegible]
[illegible] فلان المراد [illegible]
[illegible] قال ومن اسلم [illegible] ان يكيله
[illegible] لانه لم يصادف
ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار [illegible] للوارث [illegible]
[illegible]
[illegible] لان [illegible]
البيع الآمر [illegible] الآمر [illegible]
اوالآمر [illegible] كان المشتري [illegible]
[illegible] والكيل والقبض [illegible]
[illegible] لانه [illegible]
[illegible]
[illegible] البيع لان [illegible] الدين والعين
[illegible] العين [illegible] الدين [illegible]
[illegible]
[illegible] الدين [illegible]
[illegible] العين [illegible]
البيع [illegible] بالعين [illegible]
ان [illegible] قال ومن
اسلم جارية [illegible] جاز لان [illegible]
[illegible] فيفوت الاقالة
[illegible]
[illegible] جارية [illegible]
[illegible] الاقالة [illegible]
هو جارية فانفسخ العقد [illegible] الاقالة [illegible]

وهذا بخلاف المقايضة [illegible] لان كل [illegible]
قال ومن [illegible] السلم [illegible]
[illegible] ان [illegible]
[illegible] في الحقيقة لانه [illegible]
ان كان [illegible] لانه منكر وان [illegible]
[illegible] السلم [illegible] قول [illegible] لان السلم
[illegible]
[illegible]
القول قوله وان [illegible]
وقال [illegible]
[illegible] في القول [illegible]
[illegible]
[illegible] القول [illegible]
[illegible] القول [illegible] وان [illegible]
[illegible] قال ويجوز السلم في الثياب [illegible] معلوم [illegible]
[illegible] معلوم [illegible] البيع [illegible]
[illegible] لان [illegible]
[illegible] بالوزن [illegible] السلم [illegible]
[illegible] قال ولا [illegible] السلم
لانه [illegible]
[illegible] السلم [illegible]
[illegible] السلم وان كان [illegible]
لانه [illegible] وان [illegible]
ان [illegible] العدد والعدم
[illegible]
[illegible]
[illegible] قال وهو [illegible]

بما لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام فيه ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها قال ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي لانه تغيير للعقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد في الثمن وهو يساويه بدون الزيادة فيستحسن اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة فاذا قال من الثمن وجد شرطها فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود

سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وعند ابي يوسف ... وان وطئها الزوج فهو قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهة المشتري فصار فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه تعيب حكمي فيعتبر بالتعيب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب والعبد في يد البائع واقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه قبضا ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد

بذلك ودفعا كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر ولم يعد ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

باب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا وقال عليه السلام جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر وان استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس المال في السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض قال وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه قال ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد من الثمن ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما قال وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فدفع من ثمنه خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيها وكذا في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا او لاحتماله قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طار لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع قال ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء قال وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح العقد كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله

لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد
بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما عد من المسائل اما مسألة المرابحة لانه يصير
تولية في الذهب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لانه يمكن
صرف الزيادة [illegible] على الالف الى [illegible] ان
اضيف البيع الى [illegible] محل للبيع والمعنى [illegible] وفي الاخرى العقد انعقد صحيحا والفسا
د في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز
البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر
انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة
بفضة او ذهبا بذهب واحدهما اقل ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع
من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا اذ
الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة
دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه
انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة
بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لو
فسخ الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين
تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف
ثم بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا
فان كان لاحقا فكذلك في اظهر الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين قائم
وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن
وما عرف من سقوط اعتبار الجودة قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة
فهي دراهم واذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما
يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز
الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد
يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء وان كان الغالب
عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو
على الوجه الذي ذكرنا في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى

خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود
الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر
قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها
اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت تروج
بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان
كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن فيها نص ثم هي ما دامت
تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين وان كانت لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين و
لو كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان
البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه
واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لهما ان العقد
صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب فانقطع
واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد
يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن يهلك بالكساد
لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد
المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز البيع
بالفلوس لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم تتعين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس
النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض
فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة يجب عليه مثلها لانه اعارة وموجبه رد
العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما تجب
قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها
كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض
وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف
فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف
ايسر ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه
ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط

او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس وانها تقدر بالعدد
لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عدده ونحن نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من
الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس
او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد
لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة
المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا
وقول ابي يوسف اصح لا سيما في ديارنا **قال** ومن اعطى صيرفيا درهما وقال
اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما
لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى
قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر
نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني
نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم
وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس **قال**
رضي الله عنه وفي اكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية

كتاب الكفالة

قال الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة
وقيل في الدين والاول اصح **قال** الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به وقال الشافعي لا تجوز لانه كفل
بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية
على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ولانه
يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبين طالبه او يستعين باعوان
القاضي في ذلك والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة
فيه **قال** وتنعقد اذا قال تكفلت بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او برأسه
وكذا ببدنه وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا على
ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة
لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله
لانه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا
قال ضمنته لانه تصريح بموجبه او قال هو علي لانه صيغة الالتزام او الي لانه في معنى علي في هذا المقام

قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به
او قبيل به لان الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي
الصك قبالة بخلاف ما اذا قال انا ضامن بمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة
قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه احضاره
اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه فان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه
عن ايفاء حق مستحق عليه ولكن لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب
المكفول بنفسه امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق
الامتناع عن ايفاء الحق **قال** واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له ان يخاصمه
فيه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه وحصل المقصود
وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة **قال** واذا كفل على ان يسلمه في مجلس القاضي
فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لان الظاهر المعاونة
على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ
لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض
يفصل الحكم فيه ولو سلمه في مصر آخر برئ عند ابي حنيفة رضي الله عنه للقدرة على المخاصمة
فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد حبسه
غير الطالب لا يبرأ لعدم القدرة على المحاكمة فيه **قال** واذا مات المكفول به
برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور عن الاصيل
فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق قادرا على تسليم المكفول
بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللوصي
ان يطالب الكفيل فان لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس
آخر ولم يقل اذا دفعت اليك فانا بريء فدفعه اليه فهو بريء لانه موجب التصرف فيثبت
بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به
نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا اذا سلمه اليه وكيل
الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه **قال** فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به
الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره الى الوقت لزمه ضمان المال لان
الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط
لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة

واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق سبب وجوب المال
بالخطر فصار كالبيع ولنا ان الكفالة تشبه البيع وتشبه النذر من حيث انه التزام
فقلنا لا يصح تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال ومن كفل بنفس رجل
وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط
وهو عدم الموافاة قال ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها او لم يبينها حتى تكفل
بنفسه رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد ان لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه
لانه علق مالا مطلقا بخطر لا يضاف اليه ولا يصح الكفالة على هذا الوجه
وان بينها ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم تصح الكفالة
بالنفس لم تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف
الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان
فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها
الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص
لانه خالص حق العبد فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير بخلاف الحدود الخالصة
لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى
الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ
بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع
لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل
فيتحقق الضم قال ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد
عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة
وهو اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا
يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود
والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن
والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب
العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه

كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان والكفالة بالمال جائزة معلوما كان
المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما
لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى
الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بالشجة صحت الكفالة وان
احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل
الكتابة وسنذكره في موضعه ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان
شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى
الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه
البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل كفالة ولو
طالب احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك
اذا اختار تضمين احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني
اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة
بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي
والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة
ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا
لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم
فلان وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما
ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت
الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب
المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق
وان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان وان لم تقم البينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه
باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق
في حق نفسه لولايته عليها قال وتجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره
لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع

الطالب لانه قد رضي على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد رضي به. فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير امره لم يرجع عليه بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل عن الالف على خمسمائة لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان العقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه من جهته فيعامله بمثله قال واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذلك اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله واذا اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا فبخلافه قال وان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ عن خمسمائة لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة بالاداء ويرجع الكفيل على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيرجع بجميع الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له بمال قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه معناه بما ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيكون هذا اقرارا بالاداء فيرجع وان قال ابرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط فلم يكن اقرارا بالايفاء

ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لانه يحتمل البراءة بالاداء والابراء فيثبت الادنى ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف هو مثل الاول لانه اقر ببراءة ابتداؤها من المكفول عنه واليه الايفاء دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ويروى انه يصح لان عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه لتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن او بتسليم المستأجر الى المستأجر جاز لانه التزم فعلا واجبا قال ومن استأجر دابة للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا اذا استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط الاجازة في بعض النسخ والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا لابي يوسف انه تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي في النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا انما تصح اذا كان له مال او يقال انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته وفيه نفعه فصار كما اذا حضر بنفسه وانما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لانه يراد به التحقيق

دون المرض وهذا ظاهر في حق المكفول له بمنزلة الأمر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لأجنبي
اختلف المشايخ فيه وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء
لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب
ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح وكذا يبقى
إذا كان به كفيل أو مال ولأبي حنيفة أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا
يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات
عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال
فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه
الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض
على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها
إلى الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة
لأنه تمحض أمانة في يده وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه
أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه
وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت
الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح
فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه
في البيوع ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم
لما بينا أنه ملكه قال وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم
وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده
على الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي
بيناه فيسلم له وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه
أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه
وهذا أصح لكنه استحباب لا إجبار لأن الحق له قال ومن كفل عن رجل بألف بأمره فأمره الأصيل أن
يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الأمر
ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الإعراض

عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل
ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا إلى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل
فاسد لأن الحرير غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان
فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أي الزيادة عليه لأنه العاقد قال ومن كفل
عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل
أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل لأن المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ
القضاء ظاهر وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضى به
وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله أطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا
يصح ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وكذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضي
على الكفيل وعلى المكفول عنه وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي به على الكفيل
وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما
يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمر تبرع ابتداء
وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن
الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها
قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما
أدى على الآمر وقال زفر لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول
صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم
لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم
من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ
لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع قال ولو شهد
وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في
البيع ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله
كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا إذا كتب في الصك باع وهو يملكه
أو بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار
المتعاقدين فصل في الضمان ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب
ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد
منهما ضامنا لنفسه ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه

كاشتراط على المودع والمستعير وكذا اذا باع عبدين صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبضه اذا نقد حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل وهو موضعه اول الزيادات الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بالمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شائعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بيناه ولهذا يأخذه به واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان يأخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر في كفالة الرجلين

فصل واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب المال عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة

فصل ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف

لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف
على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح
الضمان فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فيتنصف وللمولى
ان يأخذ بحصته الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة فان
اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع
على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

فصل في ضمان العبد

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم
يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غائب او عن مفلس بخلاف
الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع
الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه ومن ادعى على عبد مالا وكفل له
رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان
ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته
لان على المولى رده على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة
واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه
بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه
وقال زفر يرجع ومعنى المسألة في الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته
بالمال عن المولى اذا كان بامره واما كفالته عن العبد فتصح على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو
الكفالة بامره والمانع وهو الرق قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان
المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل
عن غيره بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين
غير مستحق ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا
يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه
الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده والله اعلم

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون قال صلى الله عليه وسلم من احيل على مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على
تسليمه فتصح كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين

لا في العين قال وتصح برضاء المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه
وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا
لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره محمد في الزيادات
لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه
لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول
وقال زفر لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل
لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم والاحكام
الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ومعنى التوثق فيه باختيار الاملأ والاحسن في القضاء
وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع
المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى لان البراءة
حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود
او تنفسخ الحوالة لفواته لانها تحتمل الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال
والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه
او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى حقيقة
وقالا هذان الوجهان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس لا
يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله غاد ورائح قال واذا طالب المحتال
عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين
لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه دينا وهو منكر
والقول قول المنكر ولا تكون الحوالة اقرارا بالدين عليه لانها قد تكون بدونه واذا
طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل احلتني بدين
كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة
مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم
واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه
ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف
كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك
المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة
للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي له مطالبته فيأخذه منه لبطلت الحوالة

وهي من المحال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا يبطل الحوالة باخذ ما عليه او
عنده قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق
وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى النبي عليه الصلوة والسلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد
اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب
الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة
يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي
ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو
قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق
العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا وقال الشافعي الفاسق لا يجوز
قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر
انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ رحمهم الله اذا قلد الفاسق ابتداء يصح
ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
بدونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد
حذار النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وهو يقول ان الامر بالقضاء
يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكن ان يقضي بفتوى
غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد
ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته
من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف
في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني
الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل
ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتني عليها
قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
رضوان الله عليهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال
ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح

وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح
ان الدخول فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا
يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه
التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا
يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم
ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه
من معاوية والحق كان بيد علي كرم الله وجهه في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج وهو كان
جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا
كان يمكنه ومن تقلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها
السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء
ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها
في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا
تمولا ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان
كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال
وينظر في حال المحبوسين لانه نظر لهم فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن
انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست
بمقبولة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر
في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير
في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به لان كل ذلك
حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه
فيقبل قوله فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كأنه
في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره ثم اقر بتسليم القاضي فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع
اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض
وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان
رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون

في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا باس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبله لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي رحم محرم او ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد انه يجيبه وان كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لانه عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والاقبال لقوله عليه السلام اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهما لانه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحقوق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها واذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فاذا امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمهر المعجل

قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكر ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله تعالى وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس الوالد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحدود والقصاص الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصمه لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد

ولا تقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام ليس بالتزكية قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كي لا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا يدفع اليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف آخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار السرخسي قول ابي يوسف قال فاذا وصل الى القاضي المكتوب اليه لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه يفك الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معرف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه غير معرف ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل

بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة لانه حضره رأي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن الاصيل حتى لا يملك الاول عزله قال واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطأ بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسألة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك الجواب لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد يكون نائبا بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال ويقرض القاضي اموال الايتام ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهليته

النقض اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى ولكل واحد
من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدوره
عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم ابرامه
على ذلك الوجه وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص
لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في سائر المجتهدات كالطلاق والنكاح وغيرهما وهو صحيح الا انه لا يفتى
به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكماه في دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي
ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرأيه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة
لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو
اخبر بالحكم لم يقبل لانقضاء الولاية كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته
باطل والمولى والمحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح
القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو
حكم بعين لاجنبي جاز اجماعا لانه امر يحتاج فيه الى الرأي مسائل شتى من كتاب القضاء
اذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة
عند ابي حنيفة رحمه الله معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الاختلاف
اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف
وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض
الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم
للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى
عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال رحمه الله واذا كانت زائغة
مستطيلة تنشعب منها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا
في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون
لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل
المنع من المرور لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح
لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب

قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا لان لكل واحد منهم حق المرور في كلها
اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار منها قال رحمه الله ومن ادعى في
دار دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار والمدعى
وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز لانه اسقاط فلا يفضي الى المنازعة
قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها
واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي
الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى
الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض
النسخ لان دعوى الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا
بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
فانكر الآخر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لان المشتري لما جحده كان
فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ
بالعزم وان كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه
ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه ومن اقر انه قبض من آخر
عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ قبض وهو عبارة عن القبض
الجياد ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز
والقبض لا يختص بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه
او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة
لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما يرده بيت المال
والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال
ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول
وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت
وانكر الآخر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد والحق لهما
فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له يتفرد برد الاقرار فافترقا قال رحمه الله ومن ادعى على
آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة على القضاء
قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا تقبل لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره
فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة

الا ترى انه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء او يثبت ثم يقضي وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط
لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء
وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء واقتضاء
ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة
قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك
فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة
على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة
البائع وعن ابي يوسف انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر ان شرط البراءة
تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان
مناقضا بخلاف الدين لانه يقضى وان كان باطلا على ما مر قال رحمه ذكر حق كتب في
اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في شراء فعلى فلان
خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله تعالى بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
ان شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان ذكره في الاقرار لان
الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل في الكلام الاستبداد
وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما في الكلمات المعطوفة
مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة
قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة
اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله القول قولها لان الاسلام
حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال
فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع وما ذكره
يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت
اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث
ايضا قال رحمه ومن مات وله في يد رجل اربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع
هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق
الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر

لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق
المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا
اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر
بالدفع اليه ولو قال المودع لآخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيره قضى
للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الاول
فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر
له مكذب فلم يصح قال رحمه واذا قسم الميراث بين الغرماء لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث
وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ الكفيل
والمسألة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم وارثا غيره لهما
ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة
فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امراة الغائب النفقة من ماله
ولابي حنيفة رحمه الله ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان
التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان
المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت
معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة
اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم
اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض
واذا كانت الدار في يد رجل واقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه
فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق منه
بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي في يده جاحدا اخذ منه وجعل
في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف المقر
لانه امين وله ان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا تنقض يده
كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة
الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في المنقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه
يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي
بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير
وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما يؤخذ الكفيل

لا ... حضرة القاضي انما العطف لا الاثبات واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة
البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما
له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح
خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا
لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين للميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل
على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع الكبير لانه لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر
القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة وان اوصى بثلث
ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية
وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه
الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر
التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف
الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانه سبب الصدقة اذ جهة الصدقة فيها
راجحة عنده وعند محمد لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا تدخل ارض الخراج
بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم
من لفظ المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا مخصص في لفظ الملك
فبقي على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة ثم اذا لم يكن له
مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك منه قوته ثم اذا ملك شيئا تصدق بمثل ما امسك
لان حاجته هذه مقدمة ولم يقدر محمد بشيء لاختلاف احوال الناس فيه وقيل المحترف يمسك قوته
ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم
الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال ومن اوصى
اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز
بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية
انابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية
خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث
اما الوكالة انابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا
يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز
تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر قال ولا يكون النهي عن الوكالة حتى

يشهد شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات
وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد
او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل
للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية العبد والشفيع والبكر
والمسلم الذي لم يهاجر الينا قال واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق
العبد لم يضمن لان امين القاضي قائم مقام القاضي والقاضي قائم مقام الامام وكل منهم لا تلحقه
عهدة كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان
البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه
ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض
وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي
عنه فصار كما اذا باعه بنفسه قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان
ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا
لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان
العاقد عاملا له فصل واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تاخذ بقوله حتى تعاين الحجة
لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه
واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة
اليه وجه ظاهر الرواية انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي
الامر واجبة وفي تصديقه طاعة وقال الامام ابو منصور [illegible] ان كان عدلا عالما يقبل قوله
لانعدام تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه
والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب
الحكم لتهمة الخطأ والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا
ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي
وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك في حق هذا اذا كان الذي قطعت يده والذي
اخذ منه المال مقرين انه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه
كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه
ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله [illegible]

القضايا ودفع القاضي صحيح كأنه عاينا ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا في الصحيح لانه اسند فعله الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون وجنونه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ بما اقر به القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف ما اذا ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشاهد في الحدود مخير بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك قال والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه السلام والصحابة دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ لا سرق احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات قال ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص يقبل فيها شهادة رجلين لقوله عليه السلام فاستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين سواء كان مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوصية والوكالة ونحو ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها

لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وجودا فلا يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب في النساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل في العنين ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قالت انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع اما شهادتهن على استهلال الصبي فلا تقبل عند ابي حنيفة في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء وقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسألة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة

ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع
عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم
يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح
شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام
قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسال حتى يطعن فيه الخصم
لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في القذف ومثل ذلك عن عمر
رضي الله عنه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول
الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها
فيشترط الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة فان طعن الخصم فيهم سال عنهم لانه
تقابل الظاهران فيسال طلبا للترجيح وقالا لا بد ان يسال عنهم في السر والعلانية
في سائر الحقوق لان القضاء مبني على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف عن
العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى
على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة
الى المعدل فيها النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع
او يقصد وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره
وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا
تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول
المعدل هو حر عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل
لان الحرية ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من راى ان يسال
عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية آخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط
ووجه الظاهر ان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره
فلا يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا اما اذا
قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي
الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي
الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي

يبتني على ظهور العدالة وهو بالتزكية فيشترط العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة
في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء
والعدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح
العبد مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها
بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربع في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله فصل
قال وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب
والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان يشهد وان لم يشهد
لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم
يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال
ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له
ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت
وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع اقرار
الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة
على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده
لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد
من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا اذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع
ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال ولا يحل للشاهد اذا راى خطه
ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما
يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي
شهادته في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من
الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى
هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا
نحن وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت
والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها
من يثق به وهذا استحسان والقياس ان لا تجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم
ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص
من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة

الشهادة لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد وإنما يجوز للشاهد
أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط أن يخبره
رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى بإخبار واحد أو واحدة
لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الإنسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج
ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي أن يطلق أداء الشهادة أما إذا فسر للقاضي أنه
يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معاينة اليد في الأملاك تطلق الشهادة ثم لو
فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى إنساناً جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل
له أن يشهد على كونه قاضياً وكذا إذا رأى رجلاً وامرأة يسكنان بيتاً وينبسط كل واحد
منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عيناً في يد غيره ومن شهد أنه شهد
دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسره للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء
في الكتاب على هذه الأشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن أبي يوسف
آخراً أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب وعن محمد أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مر
الأعصار إلا أنا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتنى
عليه وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه لأن أصله هو
الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسعك أن تشهد
أنه له لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى
بها وعن أبي يوسف أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له قالوا ويحتمل أن يكون
هذا تفسيراً لإطلاق محمد في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه
قال بعض المشايخ لأن اليد متنوعة إلى إنابة وملك قلنا والتصرف يتنوع أيضاً
إلى نيابة وأصالة ثم إن عاين المالك والملك حل له أن يشهد وكذا إذا عاين
الملك بحدوده دون المالك استحساناً لأن النسب يثبت بالتسامع وإن لم يعاينهما
أو عاين المالك دون الملك لا يحل وأما العبد والأمة فإن كان يعرف أنهما رقيقان
فكذلك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران
لا يعبران عن أنفسهما فكذلك لأنه لا يد لهما وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء
لأن لهما يداً على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن أبي حنيفة أنه
يحل له أن يشهد فيهما أيضاً اعتباراً بالثياب والفرق ما بيناه **باب من**
يقبل شهادته ومن لا يقبل **قال** ولا تقبل شهادة الأعمى وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة

تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه وقال أبو يوسف والشافعي
يجوز إذا كان بصيراً وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والأداء يختص بالقول ولسانه غير مؤوف
والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا أن الأداء يفتقر إلى التمييز بالإشارة
بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود
والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الأداء
يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد لأن قيام أهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها
حجة عنده وصار كما إذا خرس أو جن أو فسق بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا لأن الأهلية
بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت **قال** ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية
وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره **قال** ولا المحدود في قذف
وإن تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ولأنه من تمام الحد لكونه مانعاً فيبقى
بعد التوبة كأصله بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة
وقال الشافعي تقبل إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء
ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون أو هو استثناء منقطع بمعنى
لكن ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة فكان ردها من
تمام الحد وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق لأنه لا شهادة
للعبد أصلاً فتمام حده برد شهادته بعد العتق **قال** ولا شهادة الوالد لولده
وولد ولده ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده والأصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل
شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده
ولا المولى لعبده ولا الأجير لمن استأجره ولأن المنافع بين الأولاد والآباء
متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه أو تتمكن فيه
التهمة **قال** والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر أستاذه
ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع بأهل البيت
وقيل المراد الأجير مسانهة أو مشاهرة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة
فيصير كالمستأجر عليها **قال** ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وقال الشافعي
تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدي متحيزة ولهذا يجري القصاص
والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمناً كما في الغريم إذا شهد
لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير

لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال
ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين
او من وجه ان كان عليه دين لان الحال موقوف مراعى
قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة
لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال
وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة
ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده
المخنث في الرديء من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر
فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه
عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب
على اللهو لانه ارتكب محرم دينه قال ولا من يلعب بالطيور لانه يورث الغفلة ولانه قد يقف على
عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني
قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من
يدخل الحمام بغير ميزر لان كشف العورة حرام قال ولا من يأتي بابا من الكبائر
التي يتعلق بها الحد للفسق قال ولا من يأكل الربوا ولا المقامر بالنرد والشطرنج
لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب
بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان
يكون مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا قال
ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك
المروة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة
من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية
وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث
الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا
مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي واما الخطابية فهم من غلاة الروافض
يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة
فتمكنت التهمة في شهادتهم قال ويقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان
اختلفت مللهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون

هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل
الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث
الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف المرتد
لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول
عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال
ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل
دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي
وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان
كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية
ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن قال
وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل ممن يجتنب الكبائر قبلت شهادته
وان ألم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها
وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة المشروطة
فلا يرد به الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح
احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه
استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا قال والخصي لان عمر رضي الله عنه
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده
قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال
مالك لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار
ذلك ولا يستحبه والكلام في العدل وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد
عمال السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا
على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروة لا يجازف في كلامه تقبل
شهادته كما مر عن ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب
حفظا للمروة ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد
الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر

او من الحجر وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان
لهما على الميت دين او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل
معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان
للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف فيكفي القاضي
بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة والوارثان
اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما
بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون الشهادة
هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا
لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما
الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان
القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما ثبت بشهادتهما وهي
غير موجبة لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان
الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك السر
والستر واجب الا اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم
قال ولو اقام رجل اي المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم تقبل
شهادته لانه شهادة على جرح مجرد والاستئجار وان كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان
المدعى عليه اجنبي عنه حتى لو اقام البينة ان المدعي استأجر الشهود بعشرة دراهم
ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم
في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا اذا اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من
المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد
ذلك المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف
او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال ومن شهد ولم يبرح حتى قال
اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت
بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى
بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل
بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس
او خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة

صار الكلام واحدا ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض
النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان
يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة
وابي يوسف انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله اعلم بالصواب

باب الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى
قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة و
قد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها قال ويعتبر اتفاق
الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد احدهما بالف والآخر
بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي
الفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث
لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا
عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة وله
انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ
وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على
كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال قال وان
شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف
لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على
الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسة بخلاف العشرة
والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا
الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت
الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة
ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا بالف
وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه
قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف انه يقضي بخمسمائة لان
شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال
وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة
كيلا يكون معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم

شهدا بعد ما اقتضاه والشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء قال
وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد
القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول
قال واذا شهدا ان زيدا قتل يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتل يوم
النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احداهما كاذبة بيقين وليس احداهما
اولى من الاخرى فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى
ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق
بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثورا لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة
لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء
غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى
لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي
من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض
من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه
والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه
فلا يشتبه قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر بالف
وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف
الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه
وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي اقل المالين او اكثرهما لما
بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر
وكذا ان كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب
وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المرأة والعبد
والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من جانب
الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق
باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن
لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن
فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع

وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح
فانه يجوز بالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف
مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب
فاشبه البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف
فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التابع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي
اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما
اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا
العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه **فصل في الشهادة
على الارث** قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي
هي في يده فانه يأخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت
ملك المورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد
خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة
ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على
قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره
وقد وجدت الشهادة على اليد في مسألة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة
مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل فان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده
جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة
بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت
في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر
ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وامانة وضمان فتعذر
القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف الاخذ لانه معلوم
وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة
قال وان اقر بذلك المدعى عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة
الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به
ههنا الاقرار وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز
الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان
كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز
عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص قال وتجوز شهادة شاهدين
على شهادة شاهدين وقال الشافعي لا تجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل
شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا تجوز على
رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق
آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما رويناه وهو حجة على مالك ولانه
حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد
الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي
بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد
ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله الى مجلس القاضي وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز
لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول
شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال
لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ
اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوساطها قال ومن قال اشهدني فلان
على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا
ظاهر عند محمد لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا حتى اشتركوا في الضمان
عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة
قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة
ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها
للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر
لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا
الحكم وعن ابي يوسف انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان
يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق
وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز

لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا غاية الامر
ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان
قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال وان سكتوا
عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة
الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم
النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا
بانفسهم فشهدوا قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة
شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا
شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بالف درهم وقالا اخبرانا
انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات
شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي
الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا
الشهادة ببيع محدودة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان
على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة
في الشهادة حدود ما في يده وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة
الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين
البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف
لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون ويحصل
بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية
والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم
التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات
فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه
وهو قول الشافعي لما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم
وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله ان شريحا
كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر
ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر محمول على السياسة

بلاد السبع الى الاربعين ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى
سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا ويقول
ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس
وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي
عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا
بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر
على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات

باب الرجوع عن الشهادة

واذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي
لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه
فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم
بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به
وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض
لا يمنع صحة الاقرار قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص
بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة
على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى
المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا
باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض آخر وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا
شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي
سبب الضمان كحافر البئر وقد تسببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة بالتسبيب
عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ
الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم
ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق
ولانه لا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر
في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلاثة فرجع
احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة
والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق

لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء
ثلاثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان
شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان
رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية
فبقي ثلاثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة
اسداسه عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن
يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل
امرأتين قامتا مقام رجل قال عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن
بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة
العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجل وثمان
نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف والنصف على النسوة وعنده عليه الخمسان
وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذي قدمنا ولو رجع الرجل فعليه النصف كاملا عندهما وعنده
عليه على الرجعة [illegible] على الاصل الذي قدمناه ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم
رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف
اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا
فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند
الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير
متقومة ضرورة الملك ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل يتزوج امرأة بمقدار
مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا
اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض
وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض وان
شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان
باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون
البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار
اليه فاضيف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا
ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت ابن
الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب

فيوجب سقوط جميع المهر في النكاح ثم يجب نصفه ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد على شهادتنا شهود الفرع لا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا وجب الضمان عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت بمعنى علة العلة بخلاف شهود الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الى مثبتي السبب دون الشرط المحض الا ترى ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ

فيه ومعناه يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عليه السلام وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا وكل عقيلا وبعدما اسن وكل عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا تجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره فصار كانه متكلم بنفسه له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضاء الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاه وهو قول الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضاء غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الاحكام لان

الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون
الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط ان يكون من اهل
العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون
مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل
البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما
لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف
على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا انه لا يصح منهما التزام
العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم
بحال البائع ثم علم انه صبي محجور او عبد محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه
تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي
يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق
بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم
الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل
هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني
عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان
كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن
ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من
الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد
هو الصحيح قال رح وفي الرد بالعيب تفصيل نذكره ان شاء الله قال وكل عقد
يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون
الوكيل فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض
الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له فصار
كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره
عن شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة
والصلح على الانكار فاما الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل
بالهبة والصدقة والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم
فيها يثبت بالقبض وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل

من جانب الملتمس وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت
الملك للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن
فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه
اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل
اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل
دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون
دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة
ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما لكنه يضمنه للموكل في الفصلين والله اعلم

باب الوكالة بالبيع والشراء

ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به
معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه
فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف
استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو
مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان
بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان
كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن يصير النوع
معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح
لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي والهندي والسندي والمولد جاز
وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة
والرداءة والسطة جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب
النوع وفي الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة
للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس
من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس
لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان
فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب
جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا قال ومن دفع الى آخر

دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها والقياس أن يكون على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الأكل إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف
أملك وهو على ما ذكرناه إذا ذكر مقرونا بالبيع والشرى ولا عرف في الأكل فبقي
على الوضع وقيل إن كثرت الدراهم فعلى الحنطة وإن قلت فعلى الخبز وإن كان فيما
بين ذلك فعلى الدقيق قال وإذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله أن
يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لأنه من حقوق العقد وهي كلها إليه فإن سلمه إلى
الموكل لم يرده إلا بإذنه لأنه انتهى حكم الوكالة ولأن فيه إبطال يده الحقيقية فلا يتمكن
منه إلا بإذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم
إلى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف والسلم لأنه عقد يملكه
بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالإسلام دون قبول السلم لأن
ذلك لا يجوز فإن الوكيل يبيع طعاما في ذمته على أن يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز
فإن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض
ولا يعتبر مفارقة الموكل لأنه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل
فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول
لأن الرسالة في العقد دون القبض وينتقل كلامه إلى المرسل فصار قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال وإذا دفع الوكيل بالشرى الثمن من ماله
وقبض المبيع فله أن يرجع به على الموكل لأنه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا
إذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى
للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولأن الحقوق لما كانت إليه وقد علم الموكل فيكون
راضيا بدفعه من ماله فإن هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط
الثمن لأن يده كيد الموكل فإذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا بيده وله أن يحبسه حتى
يستوفي الثمن لما بينا أنه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لأن
الموكل صار قابضا بيده فكأنه سلمه إليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز
عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على أن قبضه موقوف فيقع للموكل
إن لم يحبسه ولنفسه عند حبسه فإن حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن
عند أبي يوسف وضمان المبيع عند محمد وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وضمان الغصب
عند زفر رحمه الله لأنه منع بغير حق لهما أنه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء

الثمن فيسقط بهلاكه ولأبي يوسف أنه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن وهو
الرهن بعينه بخلاف المبيع لأن البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ أصل العقد قلنا
ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما إذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به قال
وإذا وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع
منه عشرة أرطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند أبي حنيفة وقالا يلزمه
العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول أبي حنيفة رحمهما الله ومحمد لم يذكر الخلاف
في الأصل لأبي يوسف أنه أمره بصرف الدرهم في اللحم وظن أن سعره عشرة أرطال
فإذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف فباعه
بألفين ولأبي حنيفة أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بالزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء
العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل فتكون
له بخلاف ما إذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه
بالإجماع لأن الأمر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر قال
ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له أن يشتريه لنفسه لأنه يؤدي إلى تغرير الآمر حيث اعتمد
عليه ولأن فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل إلا بمحضر من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى
بخلاف جنسه أو لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود أو وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني
وهو غائب يثبت الملك للوكيل الأول في هذه الوجوه لأنه خالف أمر الآمر فينفذ عليه
ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الأول نفذ على الموكل الأول لأنه حضره رأيه فلم يكن
مخالفا قال وإن وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل إلا أن
يقول نويت الشرى للموكل أو يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه إن
أضاف العقد إلى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله أو يشتريه بمال الموكل دون
النقد من ماله لأن فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالإجماع وهو مطلق وإن أضافه إلى دراهم
نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا أو يفعله عادة إذ الشرى لنفسه بإضافة العقد
إلى دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وإن أضافه إلى دراهم مطلقة فإن نواها للآمر فهو للآمر
وإن نواها لنفسه فلنفسه لأن له أن يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل وإن تكاذبا
في النية يحكم النقد بالإجماع لأنه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وإن توافقا على أنه لم تحضره النية
قال محمد هو للعاقد لأن الأصل أن كل أحد يعمل لنفسه إلا إذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند
أبي يوسف يحكم النقد لأن ما أوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن أي المالين نقد

فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على
الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر
رجلا بشرى عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر
فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك
استينافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد
الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن
منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد
لانه يملك استيناف الشرى فلا يتهم في الاخبار عنه وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه
موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا
كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان
امره بشرى عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا
او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استينافه ولا تهمة فيه لان الوكيل
بشرى شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر بخلاف غير المعين
على ما ذكرنا لابي حنيفة رحمه الله ومن قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان
يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه
الانكار اللاحق فان قال فلان لم آمره لم يكن له الا ان الاقرار يرتد برده الا ان
يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير
امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان
لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال
ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان
التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع فيجري على اطلاقه الا فيما لا يتغابن الناس
فيه لانه توكيل بالشرى وهذا بالاجماع ولو امره ان يشتريهما بالف وقيمتهما سواء
فعند ابي حنيفة ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم
الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشرى
كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشرى بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت
الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحسانا
لان شرى الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين وما ثبت الانقسام

الا دلالة والصريح يفوقها وقالا ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن
الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد
بالمتعارف وهو فيما قلنا لكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه
تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه
بها جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله
وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر
مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو لازم للآمر اذا
قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم
والدنانير لا يتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا
بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء
فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة انها تتعين في الوكالات الا يرى
انه لو قيد الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان
يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا
بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط ما لي عليك من
شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره
بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم واذا لم يصح التوكيل نفذ الشرى على المامور فيهلك من ماله الا اذا
قبضه الآمر منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان
يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالف فالقول
قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج
عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي
خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والامر
تناول ما يساوي الفا فيضمن وان لم يكن دفع اليه الالف فالقول للآمر اما اذا
كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل
والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه
التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المامور قال ولو امره
ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة وقال المامور

بألف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه ولا يتحالفان لأنه ارتفع الخلاف بتصديق البائع إذ هو حاضر وفي المسئلة الأولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل لا يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم يمين التحالف وهو بين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن أجنبي عنهما وقبله أجنبي عن الموكل إذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهو قول الإمام أبي منصور رحمه الله وهو أظهر

فصل في التوكيل بشراء نفسه

قال وإذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بألف ودفعها إليه فإن قال الرجل للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لأن بيع نفس العبد منه إعتاق وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل والمأمور سفير عنه إذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كأنه اشترى بنفسه وإذا كان إعتاقا أعقب الولاء وإن لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لأن اللفظ حقيقة للمعاوضة وأمكن العمل بها إذا لم يعين فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه لأن المجاز فيه متعين وإذا كان معاوضة يثبت الملك له والألف للمولى لأنه كسب عبده وعلى المشتري ألف مثله ثمنا للعبد فإنه في ذمته حيث لم يصح الأداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لأن العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد أما ههنا أحدهما إعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لأن العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لأنه أجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث أنه مال إلا أن ماليته في يده حتى لا يملك البائع حبسه بعد البيع فإذا أضافه إلى الآمر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للآمر وإن عقد لنفسه فهو حر لأنه إعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وإن كان وكيلا بشراء شيء معين ولكنه أتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لأن المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه

فصل في البيع

قال رحمه الله والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز أن يعقد مع أبيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند أبي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة إلا من عبده أو مكاتبه لأن التوكيل مطلق ولا تهمة إذ الأملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لأنه بيع من نفسه لأن ما في

وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله أن مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولأن المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والإجارة والصرف على هذا الخلاف **قال** رحمه الله والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف لأن التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه وشراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الأب والوصي وله أن التوكيل بالبيع مطلق فيجري على إطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة على ما روي عنه وأنه بيع من كل وجه حتى أن من حلف لا يبيع يحنث به غير أن الأب والوصي لا يملكانه مع أنه بيع لأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما **قال** رحمه الله والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لأن التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لأنه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجه امرأة بأكثر من مهر مثلها جاز عنده لأنه لا بد من الإضافة إلى الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لأنه يطلق العقد **قال** رحمه الله والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لأن التصرف يكثر وجوده في الأول ويقل في الأخير ويتوسط في الأوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف **قال** رحمه الله وإذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند أبي حنيفة لأن اللفظ مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع ألا ترى أنه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده فإذا باع النصف به أولى وقالا لا يجوز لأنه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لأن بيع النصف قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج إلى أن يفرق فإذا باع الباقي قبل نقض البيع الأول تبين أنه وقع وسيلة وإذا لم يبع ظهر أنه لم يقع وسيلة فلا يجوز

استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشراء تتحقق التهمة على ما مر وآخر ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال رحمه الله ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتأويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال رحمه الله وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الآمر فان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينته او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصمه لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة باطول من هذا قال رحمه الله ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول

المضارب

المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظ المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه

فصل

واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال او بطلاق زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة عنده او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال رحمه الله وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال رحمه الله فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات

رايه الا ان يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضر رايه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الراي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رايهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رايه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن

قال واذا زوج المكاتب والعبد والذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا يرى ان المرقوق لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل مسلما فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر وهو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك

قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة على ما مر

قال والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه يقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ

او قبض الدين نفسه لا يتصور ولكن الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه بابي حنيفة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما بعده وهذا لان الوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها

قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده وان لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا

قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق

قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه عند غير القاضي ايضا وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذلك لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة لجريان العادة بذلك ولهذا يختار في الخصومة الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح قطعا وصحته بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب دون احدهما عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه فيصرف اليه تحريا للصحة قطعا ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه وتخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن اذا اقيمت

عن اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا
فصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال
ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان
قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئا نفسه فينعدم بانعدام
لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين
فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا قال ومن ادعى
انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على
نفسه لان ما يقضيه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين
ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه فيفسد
الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه بتصديقه
اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال
الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة
اضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم
لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة
فاذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة
وهذا اظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب
لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على
رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض
ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه قال ومن قال اني وكيل بقبض
الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين
ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه
المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث
ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه
ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اهله فلا يصدقان في دعوى البيع عليه

قال فان كان وكيلا بقبض الدين فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه
فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر
الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه
نائب قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع رضا المشتري
لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد
ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله وههنا غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض
على الصحة وان ظهر خطأه عند ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد
ذلك لانه لا يفيد واما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في
الفصلين ولا يؤخر لان التدارك عندهما ممكن لبطلان القضاء وقيل الاصح
عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري
لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر قال ومن دفع الى رجل عشرة
دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل
بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا
استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء
الدين لانه ليس بشراء فاما الانفاق يتضمن الشراء فلا يدخلانه والله اعلم بالصواب

باب عزل الوكيل

وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا
تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه
جائز حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق
اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح
وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد او العدالة في المخبر فلا نعيده
قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار
الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم الابتداء
فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان يكون الجنون
مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا
بما يسقط به الصوم وعنه انه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس

فصار كالميت وقال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير فان كانت الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف قال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه وهذا عند محمد واما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى

اخرى

الوكالة باقية لان الاطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله اعلم بالصواب

كتاب الدعوى قال رحمه الله

المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما تبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن الشأن في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع يمينه وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال رحمه الله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله تعالى قال رحمه الله وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الانوثة والذكورة قال رحمه الله فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره للمقصود فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط

ن الشهادة وقوله في الكتاب وذكر أنه في يد المدعى عليه لا بد منه لأنه إنما ينتصب خصما
إذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه أنه في يده
بل لا تثبت اليد فيه إلا بالبينة أو علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة إذ العقار
عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة وقوله وأنه يطالبه به
لأن المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولأنه يحتمل أن يكون مرهونا في يده أو محبوسا
بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب أن يقول
في يده بغير حق وإن كان حقا في الذمة ذكر أنه يطالبه به لما قلنا وهذا لأن صاحب
الذمة قد حضر فلم يبق إلا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لأنه يعرف به. قال
وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه عنها لينكشف وجه الحكم فإن اعترف
قضى عليه بها لأن الإقرار موجب بنفسه فيأمره بالخروج عنه وإن أنكر سأل المدعي
البينة لقوله عليه الصلاة والسلام ألك بينة فقال لا فقال لك يمينه سأل ورتب
اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف. قال فإن أحضرها
قضى بها لانتفاء التهمة عنها وإن عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها
لما روينا ولا بد من طلبه لأن اليمين حقه ألا يرى كيف أضيف إليه بحرف اللام

باب اليمين

وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف
عند أبي حنيفة رحمه الله معناه حاضرة في المصر وعند أبي يوسف يستحلف لأن
اليمين حقه بالحديث المعروف فإذا طالبه يجيبه ولأبي حنيفة رحمه الله أن ثبوت
الحق في اليمين مرتب على العجز عن إقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه
كما إذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد رحمه الله مع أبي يوسف رحمه الله
فيما ذكر الخصاف ومع أبي حنيفة رحمهما الله فيما ذكر الطحاوي. قال رحمه الله
ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر
قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الأيمان على المنكرين وليس وراء
الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي. قال رحمه الله ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك
المطلق وبينة الخارج أولى وقال الشافعي رحمه الله يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها
باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الإعتاق
والاستيلاد والتدبير ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتا أو إظهارا لأن
ما أثبتته اليد لا تثبته بينة ذي اليد إذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لأن

اليد لا تدل عليه وكذا على الإعتاق وأختيه وعلى الولاء الثابت بها. قال رحمه الله
وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول وألزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي رحمه الله
لا يقضي به بل يرد اليمين على المدعي فإذا حلف يقضى به لأن النكول يحتمل التورع عن
اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار إليه ولنا أن النكول دل على كونه باذلا
أو مقرا إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا الجانب
ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه. قال وينبغي للقاضي أن يقول له إني أعرض عليك
اليمين ثلاثا فإن حلفت وإلا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الإنذار لإعلامه
بالحكم إذ هو موضع الخفاء. قال فإذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول
وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في إبلاء العذر فأما
المذهب أنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قلنا هو الصحيح والأول
أولى ثم النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا أحلف وقد يكون حكميا بأن يسكت وحكمه
حكم الأول إذا علم أنه لا آفة به من طرش أو خرس هو الصحيح. قال رحمه الله
وإن كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يستحلف
عنده في النكاح والرجعة والفيء في الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء
والحدود واللعان وقالا يستحلف في ذلك كله إلا في الحدود واللعان وصورة الاستيلاد
أن تقول الجارية أنا أم ولد لمولاي وهذا ابني منه وأنكر المولى لأنه لو ادعى المولى
ثبت الاستيلاد بإقراره ولا يلتفت إلى إنكارها لهما أن النكول إقرار لأنه
يدل على كونه كاذبا في الإنكار على ما قدمناه فكان إقرارا أو بدلا عنه والإقرار
يجري في هذه الأشياء لكنه إقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى
الحد ولأبي حنيفة أنه بذل لأن معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وإنزاله باذلا
أولى كيلا يصير كاذبا في الإنكار والبذل لا يجري في هذه الأشياء وفائدة الاستحلاف
القضاء بالنكول فلا يستحلف إلا أن هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون
بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه
والبذل معناه ههنا ترك المنع وأمر المال هين. قال رحمه الله ويستحلف السارق
فإن نكل ضمن ولم يقطع لأن المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول
والقطع ولا يثبت به فصار كما إذا شهد عليه رجل وامرأتان. قال رحمه الله

وإذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فإن نكل ضمن نصف المهر في
قولهم جميعا لأن الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما إذا كان المقصود
هو المال وكذا في النكاح إذا ادعت هي الصداق لأن ذلك دعوى المال ثم يثبت
المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب إذا ادعى حقا كالإرث والحجر في اللقيط
والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة لأن المقصود هذه الحقوق وإنما يستحلف في النسب
المجرد عندهما إذا كان يثبت بإقراره كالأب والابن في حق الرجل والأب في حق
المرأة لأن في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحده استحلف بالإجماع ثم إن نكل عن
اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وإن نكل في النفس حبس حتى يحلف أو يقر
وهذا عند أبي حنيفة وقالا لزمه الأرش فيهما لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت
به القصاص ويجب به المال خصوصا إذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما إذا
أقر بالخطأ والولي يدعي العمد ولأبي حنيفة أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال فيجري
فيها البذل بخلاف الأنفس فإنه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا إعمال
للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع
اليد للأكلة وقلع السن للوجع وإذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به
كما في القسامة قال وإذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك
ثلاثة أيام كي لا يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل
وأخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لأن فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر
بالمدعى عليه وهذا لأن الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه
وبين أشغاله فيصح التكفيل بإحضاره والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة — التكفيل
وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله لي
بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي أو شهودي غيب
لا يكفل لعدم الفائدة قال فإن فعل وإلا أمر بملازمته كي لا يذهب حقه
إلا أن يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس فالاستثناء
منصرف إليهما لأن في أخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك إضرارا به بمنعه عن السفر
ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب الحجر إن شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف قال واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام

من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وقد تؤكد بذكر أوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله
قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من
العلانية ما لفلان عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله أن
يزيد في التغليظ على هذا وله أن ينقص منه إلا أنه يحتاط كي لا يتكرر عليه اليمين لأن المستحق
يمين واحدة والقاضي بالخيار إن شاء لم يغلظ فيقول قل بالله أو والله وقيل لا يغلظ على
المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في المال الخطير دون الحقير قال
ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا إذا ألح الخصم ساغ للقاضي
أن يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله سبحانه وكثرة الامتناع بسبب الحلف بالطلاق
قال ويستحلف اليهودي بالله الذي أنزل التوراة على موسى والنصراني بالله الذي
أنزل الإنجيل على عيسى لقوله عليه السلام لابن صوريا الأعور أنشدك بالله الذي أنزل
التوراة على موسى أن حكم الزنا في كتابكم هذا ولأن اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني
نبوة عيسى فيغلظ على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار
وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الأصل ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يستحلف أحد إلا
بالله خالصا وذكر الخصاف أنه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني إلا بالله وهو اختيار
بعض مشايخنا لأن في ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها وما ينبغي أن تعظم بخلاف الكتابين
لأن كتب الله معظمة والوثني لا يستحلف إلا بالله لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله
تعالى قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت
عبادتهم لأن القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على
المسلم بزمان ولا مكان لأن المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي
إيجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع قال
ومن ادعى أنه ابتاع من هذا عبده بألف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف
بالله ما بعت لأنه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق رده
عليك ولا يحلف بالله ما غصبت لأنه قد يغصب ثم يفسخ بالبيع والهبة وفي النكاح
بالله ما بينكما نكاح صحيح قائم في الحال لأنه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله
ما هي بائن منك الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لأن النكاح قد يجدد بعد
الإبانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه هذا
قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما على قول أبي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض

ما ذكرنا فعند محمد يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان
فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان يدعي مبتوتة
نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري ممن لا يراها لانه لو حلف
على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق المدعي واما اذا كان سببا
لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه
بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يكرر الرق عليها بالردة واللحاق بدار الحرب
وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا
فادعاه آخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات
وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء
سبب لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى
يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز وهو ماثور عن عثمان وليس له ان يستحلفه على
تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف
البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في
جانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة
اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى
زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن
الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما
لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم
كل واحد منهما على دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس
لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع
بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس
لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن
والمشتري ينكره فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عليه السلام اذا اختلف
المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد

[هامش] وان اقام كل واحد منهما بينة

وابي يوسف رحمهما الله آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا
لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة النكول وهو الزام الثمن ولو بدئ بيمين
البائع تتاخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول
اولا يبدا بيمين البائع لقوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله
البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن
بدا القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله
ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات يحلف
البائع بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم
له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي بينهما البيع وهذا يدل على انه لا ينفسخ
بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي
قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من
الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى
الآخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزم القول بثبوته
قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار او في استيفاء بعض
الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فاشبه
الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف
الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر
في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو
يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن
موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل مع يمينه
لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال فان
هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
والقول قول المشتري وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول
الشافعي رحمه الله وعلى هذا اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده
بالعيب لهما ان كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر

ينكره والآخر يدعي زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس لأنه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي إلى الفسخ ولا
كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يبالي بالاختلاف في السبب
بعد حصول المقصود وإنما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد فلم يكن في معناه وفائدة دفع
زيادة الثمن ليست من موجباته وهذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عينا يتحالفان
لأن المبيع في أحد الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان له
مثل أو قيمته إن لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن
لم يتحالفا عند أبي حنيفة إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير
القول قول المشتري مع يمينه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشاء البائع أن يأخذ
الحي ولا شيء له وقال أبو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول
المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد المشتري
الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى
ولأبي يوسف أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولأبي حنيفة رحمه الله
أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع أجزائها
فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار حصته
من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهو يعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى التحالف
مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى أن يترك حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ
يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان وهذا تخريج
بعض المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا إن
المراد من قوله في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه ولا يأخذ من ثمن
الهالك شيئا أصلا وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به
المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء إلى يمين
المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا
يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم وإذا حلفا
ولم يتفقا على شيء فادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي
المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي يوسف

والصحيح

والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل لزمه دعوى البائع
وإن حلف البائع بالله ما باعهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن نكل لزمه دعوى
المشتري وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن ويلزم
المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وإن اختلفا في
قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وأيهما أقام البينة تقبل بينته وإن
أقاماها فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين وقبضهما
ثم رد أحدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط
عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول
البائع لأن الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان
قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع
أولى لأنها أكثر إثباتا ظاهرا لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو
أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه على أحد العاقدين وهما يعرفان
حقيقة الحال فبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي
البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما
والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر وهذا يبين
لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف قال ومن اشترى جارية وقبضها ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه
ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة
مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الإجارة على البيع قبل
القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما إذا استهلكه المشتري ولو قبض
البائع المبيع بعد الإقالة فلا تحالف عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد لأنه يرى
النص معلولا بعد القبض أيضا قال ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا
ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا
يحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود السلم بخلاف الإقالة في البيع ألا ترى أن رأس مال السلم
لو كان عرضا فرده بالعيب وهلك قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك
في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما قال وإذا اختلف الزوجان
في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجتني بألفين فأيهما أقام البينة

فتقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعت المراة وان لم تكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعت المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعت المراة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف ولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدا بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة فصل

واذا اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل القبض وكلامنا قبل استيفاء المنفعة وان وقع الاختلاف في الاجرة يبدا بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدا بيمين الموجر وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستاجر اولى وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده في البيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين حينئذ انه لا عقد واذا امتنع فالقول قول المستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا ويفسخ العقد فيما بقي

وكان

وكان القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يقر به والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمراة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المراة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بينما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلف ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع الى المراة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المراة تاتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحيوة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد الماذون له في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات فصل فيمن لا يكون خصما وان قال المدعى عليه الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة لانه اثبت بينة ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب بدون

الخصومة ودفع الخصومة بها قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك ولا خصم فيه فلم تثبت
ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فتثبت وهو كالوكيل بنقل المرأة وإقامتها البينة على
الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع الخصومة بدون إقامة البينة كما قال ابن أبي ليلى
لأنه صار خصما بظاهر يده فهو بإقراره يريد أن يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق
إلا بحجة كما إذا ادعى تحول الدين من ذمته إلى ذمة غيره وقال أبو يوسف رحمه الله
إن كان الرجل صالحا فالجواب كما قلناه وإن كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه
الخصومة لأن المحتال من الناس قد يدفع ماله إلى مسافر يودعه إياه ويشهد الشهود
عليه فيحتال لإبطال حق غيره فإذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود أودعه
رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال أن يكون المودع هو هذا المدعي ولأنه ما أحاله
إلى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه
باسمه ونسبه فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند أبي حنيفة تندفع لأنه أثبت
ببينته أن العين وصل إليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الأول ولم
يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي أضر بنفسه حيث نسي خصمه أو
شهوده وهذه مخمسة كتاب الدعوى وقد ذكرنا الأقوال الخمسة ولو قال ابتعته من الغائب
فهو خصم لأنه لما زعم أن يده يد ملك اعترف بكونه خصما وإن قال المدعي
غصبته مني أو سرقته مني لا تندفع الخصومة وإن أقام ذو اليد البينة على الوديعة
لأنه إنما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق لأنه خصم
فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وإن
قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد أودعنيه فلان وأقام البينة لم تندفع
الخصومة وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لأنه لم
يدع الفعل عليه فصار كما إذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله ولهما أن ذكر الفعل
يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر أنه هو الذي في يده إلا أنه لم يعينه درءا للحد
شفقة عليه وإقامة لحسبة الستر فصار كما إذا قال سرقت بخلاف الغصب لأنه لا حد فيه
فلا يحترز عن كشفه فإن قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد أودعنيه
فلان ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لأنهما توافقا على أن أصل الملك فيه لغيره
فيكون وصولها إلى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة إلا أن يقيم البينة
أن فلانا وكله بقبضه لأنه أثبت ببينته كونه أحق بإمساكها والله أعلم

باب

باب ما يدعيه الرجلان

وإذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم أنها له وأقاما البينة قضي بها
بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما لأن إحدى البينتين كاذبة
بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتهاترتا
أو يصار إلى القرعة لأن النبي عليه السلام أقرع فيه وقال اللهم أنت تحكم بينهما ولنا
حديث تميم بن طرفة الطائي أن رجلين اختصما إلى رسول الله في ناقة وأقام كل واحد
منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ ولأن
المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بأن يعتمد أحدهما سبب الملك
والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما أمكن وقد أمكن بالتنصيف إذ المحل يقبله
وإنما ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق فإن ادعى كل واحد منهما نكاح
امرأة وأقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لأن المحل لا يقبل الاشتراك
ويرجع إلى تصديق المرأة لأحدهما لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا
إذا لم توقت البينتان فأما إذا وقتتا فصاحب الوقت الأول أولى وإن أقرت
لأحدهما قبل إقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وإن أقام الآخر البينة قضي بها لأن
البينة أقوى من الإقرار ولو تفرد أحدهما بالدعوى والمرأة تجحد فأقام البينة وقضي بها
ثم ادعى الآخر وأقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لأن القضاء بالأول قد صح فلا ينقض بما
هو مثله بل هو دونه إلا أن يؤقت شهود الثاني سابقا لأنه ظهر الخطأ في الأول بيقين وكذا إذا
كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج إلا على وجه السبق

باب ولو ادعى اثنان كل واحد منهما أنه اشترى منه هذا العبد منه من صاحب
اليد وأقام بينة فكل واحد منهما بالخيار إن شاء أخذ نصف العبد بنصف الثمن وإن
شاء ترك لأن القاضي يقضي بينهما نصفين لاستوائهما في السبب فصار كالفضوليين إذا باع
كل واحد منهما من رجل وأجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لأنه تغير عليه شرط عقده ولعل
رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وإن قضى القاضي به بينهما فقال أحدهما لا أختار لم يكن
للآخر أن يأخذ جميعه لأنه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ
البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي
حيث يكون له أن يأخذ الجميع لأنه يدعي الكل ولم يفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا
فهو للأول منهما لأنه أثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه أحد فاندفع الآخر به فإن وقت

احدهما ولم يوقت الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الاخر
ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى
ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات
فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه
كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال رحمه الله وان ادعى احدهما
شراء والاخر هبة وقبضا معناه من صاحب اليد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرا
اولى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه اثبت الشرا في زمان لا ينازعه فيه احد فلا يقع
الاخر به فان وقت احدهما ولم يوقت الاخر فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك
الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا
ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه
ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الاخر وقتا
لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق
الدلالة قال رحمه الله وان ادعى احدهما شرى والاخر هبة وقبضا معناه من صاحب
اليد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشرا اولى لكونه معاوضة من الجانبين ولانه يثبت
الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشرا والصدقة مع القبض
لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه الترجيح
ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المال والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح
وكذا فيما يحتمل عند البعض لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ
الهبة في الشائع وصار كاقامة البينة على الارتهان وهذا اصح قال رحمه الله
واذا ادعى احدهما الشرا وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما
في القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف
وقال محمد الشرى اولى وعلى الزوج القيمة لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشرا
اذ التزوج على عين مملوكة للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما
رهنا وقبضا والاخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى وهذا استحسان
وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته وجه الاستحسان ان
المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة
بشرط العوض لانه بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك

مع القبض م

لم

صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكان البيع اولى وكذا الهبة
بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم
اولى لانه اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الاخر منه قال
ولو ادعيا الشرى من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى
لما بيناه انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما بينة على الشرى من آخر
وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما
كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين
لان توقيت احداهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الاخر اقدم بخلاف ما اذا
كان البائع واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شرا غيره ولو ادعى احدهما الشرى من رجل والاخر الهبة والقبض
من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة
قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة
على الملك المطلق قال وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد
بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد رجع اليه لان البينتين قامتا
على مطلق الملك ولم يتعرضا لجهة الملك فكان التقدم والتاخر سواء ولهما ان
البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا
الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه ولو اقام الخارج وذو اليد
البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج
اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم
كما في دعوى الشرى اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان
بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هاهنا حيث وقع الشك في التلقي
من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها
فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى
لانه ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض
ولابي يوسف ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل

في زمانهم ظ

وصار هم

غير الاولية والترجيح بالسبق كما لو ادعيا الشراء وعن ابي حنيفة رحمه الله ان التاريخ فيه
احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء
لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ
قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب
اليد اولى لان البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا وترجحت بينة ذي اليد
باليد فيقضى له وهو الصحيح خلافا لما يقوله عيسى بن ابان انه تتهاتر البينتان
ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقام
البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج في يد نفسه لما ذكرنا ولو اقام
احدهما البينة على الملك المطلق والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان
لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت الملك للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كان الدعوى
بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث
البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه
بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل
بينته وينتقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب
التي لا تنسج الا مرة وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج
كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به
للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان
القضاء ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل
قال وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على
الشراء منه كان صاحب اليد اولى لان الاول ان كان يثبت اولية الملك
فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه
قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما
تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قول محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان
العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم باع لان القبض دلالة
السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار

عنده لهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين
وفيه التهاتر بالاجماع كذا هاهنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء
لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت البينتان
على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من
كل جانب فان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو
شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل
من البيعين بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج
اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض
لصاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه
قبل القبض عنده فبقي على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد بالاجماع لان
البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج
في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه
بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان
شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل
بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما
جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب
النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب
النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الآخر
فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبر طريق العول والمضاربة فصاحب
الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم بينهما اثلاثا
ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات
قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء
ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف
الذي في يده لا يدعيه صاحبه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف
اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده
قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا
تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح

وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا
وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه
ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال واذا كان العبد
في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما
فصل في التنازع بالايدي واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها
والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك
وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى
لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث تكون بينهما لاستوائهما في التصرف
وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف
واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه
اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به
فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال
واذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد الآخر فهو بينهما نصفان لان
الزيادة من جنس الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال واذا
كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد
نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر
بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما
كان لا يعبر عن نفسه وهو بمنزلة متاع قال بخلاف ما اذا كان يعبر عن
نفسه فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره
قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي
فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليست بشيء لان صاحب الجذوع صاحب
استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما حمل وللآخر كوز
معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى
اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط
وقوله والهرادي ليست بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان
الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر عليه شيء
فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر

منها بعد الثلاثة وان كان جذوع احدهما اقل من الثلاثة فهو لصاحب الثلاثة
وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب
بينهما وقيل على قدر خشبهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة في نفس
الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط
يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير
الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما
جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى ان الثاني اولى لان لصاحب الجذوع
التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى من اليد ووجه الثاني ان الحائطين
بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى
للآخر حق الوضع لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال
واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت واحد فالساحة
بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى
الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب
عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة
لان اليد حق مقصود وقد يقع لغيرهما فلا يستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما
البينة جعلت في ايديهما لما بينا وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى
او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها **باب دعوى
النسب** واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت
به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع
ويرد الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف
منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان
ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا
ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوى استندت
الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز
ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع او بعده
فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة

استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم يصح دعوة البائع لانه
لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب
ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت
حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت
به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم يقبل دعوة البائع فيه الا
ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه
واذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسئلة الاولى
لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت
به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد
الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه
البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد واخذه البائع لان
الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف
اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام
ولده وماليتها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما
متقومة فيضمنها وفي الجامع الصغير اذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت
في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته
من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعواه باطلة ووجه الفرق ان
الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع
من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل
وهو الولد وليس من ضروراته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها
وكما في المستولدة بالنكاح وفي الوجه الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع
ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق
النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري
حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبائع حق الدعوة
والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد

ثبت

ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد
بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرناه في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده وباعه
المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له
من حق الدعوة لا يحتمل فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او آجره
او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض
فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه
المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت
من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوأمين
ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت
نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور
علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان
في يده غلامان توأمان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع
الذي في يده فهما ابناه وبطل العتق لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة
العلوق والدعوة ملكه اذ المسئلة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيه فيثبت
نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توأمان فتبين ان عتق المشتري
وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك
يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا يثبت تبعا لحريته فيه حرية
الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الولد الذي عنده
ولا ينقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر
على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي
فلان الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون
ابنه وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف
اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد
برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان
مما لا يحتمل النقض الا يرى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري
على البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء
اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف

ذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة
فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما
لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فلم يمتنع دعوته كمن شهد على
رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر
له حتى لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر
ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل باعتراض الاقوى كجر الولاء
من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى
المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذه المسئلة تخرج على اصلين بيع الولد
ممن عليه الدعوة منه فينقطع دعواه واقراره بالنسب كغيره قال واذا كان
الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن النصراني
وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي في هذا اوفر
لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مالا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي
عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها
ولو كانت دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين
قال واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على
الولادة ومعنى المسئلة ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على
الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية
فيها لان الحاجة الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان
النبي عليه الصلوة والسلام قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد
من حجة تامة عند ابي حنيفة وقد مر في كتاب الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة
قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان كان
لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم
فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت
انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام
الفراش بينهما ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب
في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل اخر غير صاحبه يكون الثوب
بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا

لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده
فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ
امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة
باجماع الصحابة ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه
رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع
كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات
الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس
ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود
المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله كسلامته فيغرم قيمته كما اذا كان حيا
ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء
منافعها فلا يرجع به على البائع

كسلامته ومنعه كمنعه

كتاب الاقرار

واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم
ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله عليه السلام ماعزا
الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر
على غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد الماذون له
وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود
والقصاص لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق
عليه بخلاف المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل
الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار
الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذونا له لانه
ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه
مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية
حساب لا يحيط به علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر
له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق
احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره
وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن
الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال

وهي الغامدية

والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال له
علي حق لما بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا
على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في الكثير
والقليل لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه
لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف
فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند
الناس وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب
السرقة لانه عظيم تقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من
الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين وفي الابل بخمس وعشرين لانه
ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال
عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة
لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في اقل
من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله
ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون
هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح
الا ان يبين اكثر منها لان اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن ولو قال كذا كذا درهما
لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين
لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل
كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو
فاحد عشر لانه لا نظير له سواه وان ثلث بالواو فمائة وواحد وعشرون وان ربع
يزاد عليها الف لان ذلك نظيره وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي
صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة
ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق
موصولا لا مفصولا قال رحمه الله وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان
اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة
اقلهما والاول اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار

بالامانة في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة
فيثبت اقلهما واذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها
او قد قضيتكها فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه
قال اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه
الى المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء كالقضاء
لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب
وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقر بدين
مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه
بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر
بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالف درهم سود لانه صفة فيه وقد
مرت المسئلة في الكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين
على المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب
واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي لان المائة
مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسيرا فبقيت المائة على ابهامها
كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا ذكر الدرهم في كل عدد
واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب
بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون واما الثياب
وما لا يكال ولا يوزن لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان
لما بينا بخلاف ما اذا قال مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا
اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير
فكان كلها ثيابا **قال** ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في
الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف له وغصب
الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة
في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب
المنزوع **قال** ومن اقر بدابة في اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير
مضمون بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام
في البيت **قال** ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم

والقضاء

يشتمل الكل ومن اقر بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان اسم السيف ينتظم الكل ومن اقر بحجلة فله
العيدان والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا
لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال علي ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم
في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب
واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب
فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف ان كلمة في تستعمل للبين والوسط ايضا قال الله تعالى
فادخلي في عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء
فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب
والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وعن الحسن انه يلزمه خمسة وعشرون
وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله
ولو قال له علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة
فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان
وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري ما بين هذا الحائط
الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه
فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة
يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث
حتى يقسم بين ورثتهما لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة
ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني
لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف
وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على الصالح ولابي يوسف
ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون
واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل
شاة لرجل صح اقراره ولزمه لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه
ومن اقر بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار لا يليق بالاخبار لانه لا يتغير باختياره ولانه
للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط
الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا
باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن
لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل
الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه في
الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم الا
قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله ولو قال له علي مائة
درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما لمحمد ان الاستثناء
ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي انهما اتحدا جنسا من
حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر
والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب
بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا يصلح مقدرا بالدراهم فصار بقدره مستثنى
من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصح
قال ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان
الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني
فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا
في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس الشهر
او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا حتى لو كذبه المقر له
في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له
الدار والبناء لان البناء داخل فيه معنى لا لفظا والاستثناء تصرف في الملفوظ
والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا
بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي
والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال
بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا
حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار ولو
قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه قيل للمقر له
ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها
هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما كالثابت
معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه

وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم فلا يبالي باختلاف السبب
بعد حصول المقصود والثاني ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم المقر شيء
لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان
لان المقر يدعي تسليم من عينه والآخر ينكر والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والآخر ينكر
واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته منه ولم يعينه
لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة رحمه الله وصل او فصل لانه
رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة على وانكاره القبض في غير المعين ينافي رجوع م
الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة بان اشترى عبدا ثم نسياه
عند الاختلاف توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد الثمن واذا كان كذلك شيء م
كان رجوعا وان كان موصولا وقال ابو يوسف ومحمد ان وصل صدق ولم يلزمه فلا يصح
شيء وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون ذلك من ثمن عبد وان اقر انه
باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو
البيع فان وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب الا بالقبض وهو ينكره
فالقول قوله وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب
مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا لا مفصولا
ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع لانه ليس من ضرورة
البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر او خنزير
ومعنى المسألة اذا قال لفلان علي الف من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل
تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير
لا يكون واجبا واول كلامه للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شيء لانه بين
بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله
قلنا ذلك تعليق وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال
اقرضني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه
الجياد في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان موصولا يصدق وان
قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى
هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا اذا قال لفلان علي الف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما ان هذا بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط

والاستثناء

والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه
الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال
الا انها وزن خمسة ولابي حنيفة رحمه الله ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي وصف
السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار
كما اذا قال بعتكه معيبا وقال المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة
ليست من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة
يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء
البناء بخلاف ما اذا قال لفلان علي كر حنطة من ثمن عبد الا انها رديئة لان الرداءة
نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول
في القرض انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد
يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه
اليها ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق بالاجماع
لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار ينصرف الى عندهم
العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال
اودعني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق فصل ام وصل لان الانسان
يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيانا للنوع
فيصح وان فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له
وعن ابي يوسف رحمه الله في الغصب انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض
اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب
او الوديعة ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس
الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال ان فصل م
في هذا كله الفا ثم قال الا انه ينقص كذا لم يصدق وان وصل يصدق لان هذا
استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ
يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة
انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب
ثم جاء بثوب معيب فالقول له لان الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر
اخذت منك الفا وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن ولو قال

أعطيتنيها وديعة فقال لا بل أخذتها غصبًا والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكر فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء فإن قال قائل أعطيتنيه والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضي ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سببًا للضمان وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضًا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له ثم ادعى استحقاقها عليه وهو منكر والقول للمنكر ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده فالقول له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدمًا فيما وراء الضرورة فلا يكون إقرارًا له باليد مطلقًا بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدًا فيكون الإقرار به اعترافًا باليد للمودع ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الإقرار وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفًا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها

وذلك

وذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره أما هاهنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانًا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك المقر وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارًا باليد ويكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبًا في يد المقر بأن يكون في بيته

باب إقرار المريض

وإذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف الأسباب مقدم وقال الشافعي دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الإقرار الصادر عن العقل والدين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كإنشاء التصرف مبايعة أو مناكحة ولنا أن الإقرار لا يعتبر دليلًا إذا كان فيه إبطال حق الغير وفي إقرار المريض ذلك لأن حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة إلا بقدر الثلث بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لأن حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لأنه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض لأن الأولى حالة إطلاق وهذه حالة الحجر فيفترقان وإنما تقدم الديون المعروفة الأسباب لأنه لا تهمة في ثبوتها إذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير إقراره أو تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما بينا ولو أقر بعين في يده لآخر لم يصح إقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لأن في إيثار البعض إبطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال فإذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل شيء يصرف إلى ما أقر به في حالة المرض لأن الإقرار

صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه
ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير فكان المقر له اولى من الورثة
لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان
قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم
حاجته في التكفين ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة
وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه
فصار كالاقرار لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا
قوله عليه السلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة
بماله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال
حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق
الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو انحجر
عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم
يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا
صدقوه فقد ابطلوه فيصح اقراره قال واذا اقر لاجنبي جاز وان احاط
بماله لما بينا والقياس ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا
نقول لما صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لانه الثلث بعد
الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي بمال ثم قال هو ابني ثبت
نسبه منه وبطل الاقرار ومن اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ووجه الفرق
ان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر لابنه فلا يصح ولا كذلك
الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق امرأته في مرضه
ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها لانهما متهمان فيه لقيام العدة
وباب الاقرار للوارث مسدود فلعله اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها
زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت قال ومن اقر لغلام يولد
مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان
مريضا لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا
يكون مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من غيره
وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير

على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج الاصلية ويشارك الورثة في الميراث
لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز
اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقر بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب
على الغير ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد لان
فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها الزوج لان الحق
له او يشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار
المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق الزوجة لان
حكم النكاح باق وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند
ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها ولا يصح التصديق
على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد الموت والتصديق
يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير الوالدين والولد
نحو الاخ والعم لم يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب على الغير فان كان
له وارث معروف قريب او بعيد فهو اولى بالميراث من المقر له لانه لما لم يثبت
نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه
لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث الا يرى ان له ان يوصي بجميعه
فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه
وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال
ولو كان الاول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه
باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر وراثته ثم اوصى بماله كله لآخر كان ماله للموصى له
ولو لم يوص لاحد كان لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل
الاقرار قال ومن مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا
ويشاركه في الارث لان اقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية
له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع
بالعتق لم يقبل اقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن لكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات
وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباهما قبض منها خمسين فلا شيء
للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون
بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية

الا انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر رجع على القابض فيرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدي الى الدور والله اعلم بالصواب

كتاب الصلح

الصلح على ثلاثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار وسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهو رشوة ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية الانفس ودفع الرشوة لدفع الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم تجب فيها الشفعة معناه اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال دفعا للخصومة وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا كان صالح على دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن ماله فكان معاوضة في حقه فيلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى

كونه قال واذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصته ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه واذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فبقي العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض وان استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال وان ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما بينا في البيوع ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل

والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء قال ابن عباس انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما يصلح مسمى فيه يصلح هنا لان كل واحد منهما مبادلة بغير مال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لان حق الشفعة حق التملك اما القصاص فملك المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل

الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال
عنه بالصلح غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه اما الشي
وهو خيانة لخطا فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة
على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير
الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض
في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد المقادير فصالح على
جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح
ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا يجوز الزيادة
على ما يعين **قال** ولا يجوز عن دعوى حد لانه حق الله تعالى لا حقه فلا يجوز الاعتياض
عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق
الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز
ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في هذا اطلاق الجواب حد القذف لان
المغلب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته
على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا
في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له فيما بين
الله وبينه اذا كان مبطلا في دعواه **قال** وان ادعت امرأة نكاحا على
رجل فصالحها على مال بذله لها جاز قال رحمه الله هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر
وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها
المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي العوض
في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم
يصح **قال** وان ادعى رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان
في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا
يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم انه
حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت
الولاء **قال** واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح
عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه جاز ووجه الفرق ان رقبته
ليست من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصه بالمال وصار

لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية مح

من جانبه

كالاجنبي عنه لانه من تجارته وتصرفه فيه جائز بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل
عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه **قال** ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه
فصالح منها على مائة جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس
فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها يكون ربوا بخلاف ما اذا
صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه
لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهالك باق
حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان
ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان
اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة **قال**
واذا كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الاخر على اكثر من نصف
قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة رحمه الله ان القيمة
في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف
ما تقدم لانها غير منصوص عليها وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل والله اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

قال ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم
يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل وتأويل المسألة اذا كان الصلح
على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه
كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما
اذا كان الصلح عن مال بمال فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب
هو الوكيل دون الموكل **قال** وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه
ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي
والمدعى عليه سواء فيصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون
متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا
المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق
في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي
هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا
لو قال على الف وسلمها لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول
مقصوده ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعى عليه جاز وله

عن دم عمد او كان الصلح

بالمال

[illegible]

الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رحمه الله ووجه آخر ان يقول صالحتك على الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته فيتم العقد بقبوله ولو استحق العبد او وجده عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلم رجع عليه ببدله والله اعلم بالصواب

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له على آخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى وللبعض وللصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي

منها خمسمائة غدا على انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا ترى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدأ باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على وان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كالحوالة وستخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها الي غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءات بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى ترتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فحمل على التقييد قال ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسئلة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان

جع الذي عليه الدين إن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين وأصل
هذا أن الدين المشترك بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئا منه فلصاحبه أن يشاركه
في المقبوض لأنه ازداد بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة
إلى أصل حق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة لكنه قبل المشاركة باق على ملك
القابض لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن
لشريكه حصته والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة
واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك إذا عرفنا هذا
فنقول في مسألة الكتاب إن يتبع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باق في ذمته لأن القابض
قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة
إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال ولو استوفى نصف نصيبه
من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما
لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى أحدهما بنصيبه من
الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لأن مبنى البيع
على المماكسة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض والحطيطة فلو ألزمناه دفع ربع
الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه
بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك أن يتبع الغريم
في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق
المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له أن يشارك القابض
لأنه رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم لأنه قابض نصيبه لا مقتضيا للآخر
عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي
على ما بقي من السهام ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف رحمه الله اعتبارا
بالإبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب
عينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستئجار بنصيبه قبض
وكذا الإحراق عند محمد رحمه الله خلافا لأبي يوسف رحمه الله والتزوج به إتلاف في
رواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال وإذا كان السلم بين شريكين فصالح
أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز
الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما إذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه

أن مبنى البيع على المماكسة أي المجادلة في النقصان وعن الأول المماكسة في البيع الفاسد

ولو وقعت المقاصة بدين كان له عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك ثم

لو جاز في نصيبه خاصة تكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف
شرى العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما
برفعه ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك
فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه بخلاف شراء العين على الوجهين لأنه موجود في العقد
ولا يؤدي إلى عود الساقط قالوا هذا إذا خلطا رأس المال فإن لم يكونا قد خلطاه فعلى
الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق فصل في التخارج وإذا كانت
التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقار أو عروض جاز قليلا كان
ما أعطوه إياه أو كثيرا لأنه أمكن تصحيحه بيعا وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فإنه صالح تماضر
امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار قال وإذا
كانت التركة فضة فأعطوه ذهبا أو كان ذهبا فأعطوه فضة فهو كذلك لأنه
بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لأنه صرف غير أن
الذي في يده بقية التركة إن كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لأنه قبض ضمان فينوب
عن قبض الصلح وإن كان مقرا لا بد من تجديد القبض لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض
الصلح وإن كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد
أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية الميراث
احترازا عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لأنه صرف
في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم
ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض
للصرف قال وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن
يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه
وهو حصة المصالح وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح
فالصلح جائز لأنه إسقاط أو هو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز
وأخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه وفي ليصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه
من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكيل والموزون
قيل لا يجوز لاحتمال الربا وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا إذ المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنه
لا يفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة وإن كان على الميت دين

تماضر الأشجعية

نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر لبقية الورثة والأوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ثم

مستغرقاً لا يجوز الصلح ولا القسمة لان التركة لم يملكها الوارث وان لم يكن مستغرقاً
لا ينبغي ان يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً والله اعلم بالصواب

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي بها لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس
بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة
الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي
عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى
المضارب امانة في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل
فيه لانه يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءاً من المال بعمله واذا
فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان
غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة عقد على الشركة بمال من
احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من احد الجانبين والعمل من
الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب المال كان
بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً قال ولا تصح الا بالمال الذي
تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة
في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا
اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال
اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل
على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعروض
قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق احدهما دراهم مسماة
لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فان شرط زيادة
عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا
لانه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو
الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف
خلافاً لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير
يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتباراً بالمضاربة

الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة
ولانه عين مستأجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده
وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها وتبطل الشرط كاشتراط الوضيعة
على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلماً الى المضارب ولا يد لرب المال فيه
لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من
احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد ان يخلص للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في
الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لا تنعقد الشركة وشرط العمل
لرب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود
سواء كان المالك عاقداً او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء
يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان
اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقداً
واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده وان لم يكن من
اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان يأخذا
مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال واذا صحت
المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع
لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يتحصل الا بالتجارة فينتظم العقد
صنوف التجارة وما هو صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع
والمسافرة الا ترى ان المودع له ان يسافر فالمضارب اولى كيف وان اللفظة دليل
عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن ابي يوسف انه ليس له
ان يسافر وعن ابي حنيفة رحمه الله انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر
لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده
لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا ان
يأذن له رب المال او يقول اعمل برأيك لان الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد
من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك
ان يوكل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع لانه دونه
فيتضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لان المراد منه
التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل

القرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه الا بالرضا ومضاربة من جنسهم وكذا الشركة والخلط
بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول **قال** وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه
او في سلعة بعينها لم يجز له ان يتجاوزها لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا
ليس له ان يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا
يملك تفويضه الى غيره **قال** فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان
ذلك له وله ربحه لانه تصرف بغير امره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي
عينها برئ من الضمان كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة
على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر
كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هاهنا وهو رواية
الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الاخراج والصحيح ان بالشراء يتقرر
الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه اما الضمان فوجوبه بنفس الاخراج
وانما شرط الشراء للتقرر لا لاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد
التقييد الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالحجر والولاية
اليه ومعنى التخصيص ان يقول له على ان تعمل كذا او في مكان كذا وكذلك اذا قال خذ هذا
المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له او قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء للوصل او قال
خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق اما اذا قال خذ هذا المال واعمل بالكوفة
فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة ولو قال على ان
يشتري من فلان ويبيع منه صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة في المعاملة
بخلاف ما اذا قال على ان يشتري بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف على ان
يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة
جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد
عرفا لا ما وراء ذلك **قال** وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا بعينه
يبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وانه تقييد
بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان وليس للمضارب ان يشتري من يعتق
على رب المال لقرابة او غيرها لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة
بعد اخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض

كشراء الخمر وشراء الميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود ولو فعل
صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء اذا خالف **قال** فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه
لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع
التصرف فلا يحصل المقصود وان اشترى ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا العبد لنفسه
فيضمن بالنقد من مال المضاربة فان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف
اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه
ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع (من جهته) في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء
يثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست
ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة **قال** وان كان مع المضارب الف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه ثم بلغت
قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في الف ومائتين
وخمسين وان شاء اعتق ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح
لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام والولد
مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها تساوي رأس المال لا يظهر
الربح كذا هذا فاذا زادت القيمة الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم
الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك اما هذا فاخبار فجاز ان ينفذ عند
حدوث الملك كما اذا اقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه واذا صحت الدعوة وثبت
النسب عتق الولد لقيام ملكه (في بعضه) ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه ثبت
بالنسب والملك والملك آخرهما وجودا فيضاف اليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان
اعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله ان يستسعي الغلام لانه احتبست ماليته
عنده وله ان يعتق لان المستسعى كالمكاتب عند ابي حنيفة ويستسعيه في الف ومائتين
وخمسين لان الالف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما نصفان
فلهذا يسعى له في هذا المقدار ثم اذا قبض رب المال الالف له ان يضمن المدعي
نصف قيمة الام لان الالف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في
الاستيفاء ظهر ان الجارية كلها ربح وقد تقدم دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت

لكونه بتمام

بالنكاح وتوقف نفاذه لفقد الملك فاذا ظهر الملك ظهرت تلك الدعوة وصارت
الجارية ام ولد له ويضمن نصيب رب المال لان هذا ضمان تملك وضمان التملك
لا يستدعي صنعا كما اذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب
شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

واذا دفع المضارب المال مضاربة الى غيره ولم ياذن له رب المال لم يضمن بالدفع
ولا بتصرف المضارب حتى يربح فاذا ربح ضمن الاول لرب المال وهذا رواية الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عمل به ضمن ربح او لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال
زفر يضمن بالدفع عمل او لم يعمل وهو رواية عن ابي يوسف لان المملوك له الدفع على
وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما ان الدفع ايداع حقيقة
وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولابي حنيفة ان الدفع قبل العمل
ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما الا اذا ربح
فحينئذ اثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا اذا كانت المضاربة
صحيحة فان كانت فاسدة لا يضمنه الاول وان عمل الثاني لانه اجير فيه وله اجر مثله
فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي ان لا يضمن
الثاني عند ابي حنيفة وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب
المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني بالاجماع وهو المشهور وهذا
عندهما ظاهر وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذا وبين مودع المودع ان المودع الثاني
يقبضه لمنفعة الاول فلا يكون ضامنا اما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه
فجاز ان يكون ضامنا ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة لانه ملكه بالضمان من
حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما اذا دفع مال
نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامل له كما في المودع ولانه مغرور من
جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول
فكانه ملكه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بالعمل
ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث
قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه
الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما
رزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب

الاول السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق فلم يبق للاول الا النصف فينصرف تصرفه الى
نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث جميعه للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطيب له
ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر
غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان ما رزقك الله فهو بيننا نصفان
فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه
فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الله الاول وقد رزق الثلثين فيكون
بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت
من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي
بين الاول ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه
من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الاول
الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله فلي نصفه او قال فما كان
من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف
وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل
فينصرف شرط الاول النصف كله الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير
شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بدرهم وان شرط للمضارب
الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب
الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم
ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه
وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع
فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فيستاجر غيره بدرهم
ونصف

فصل

واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب
المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة
خصوصا اذا كان مأذونا له واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية
اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون
واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف
اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ما مر واذا صحت المضاربة

يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء وهذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لان المولى بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة **قال** فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال وانما ينض بالبيع **قال** ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل قال فان عزله ورأس المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس رأس المال فان لم يكن بان كان دراهم ورأس المال دنانير او على القلب له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وعلى هذا موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها **قال** واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجر له وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وفي الجامع الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجرة **قال**

وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال لان الربح تابع فصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال رأس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من رأس ماله واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا وان كانا اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكري اعتبارا لعادة التجار وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة والاحالة بالثمن على الايسر والاعسر جائز لانها من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء والرهن والارتهان والاجارة والاستئجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه

يدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد
ولا بقوله اعمل فيه برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري
بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال
زائدا على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى ولا يشتغل ذمته بالدين ولو أذن له
رب المال في الاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفتجة
لأنه نوع من الاستدانة وكذا إعطاؤها لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض ولا يزوج عبدا ولا أمة
من مال المضاربة وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب
ألا يرى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن
إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن
تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا قال فإن دفع شيئا من مال المضاربة إلى
رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد لأن رب
المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا ولهذا لا يصح إذا شرط العمل عليه
ابتداء ولنا أن التخلية قد تمت وصار التصرف حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا
عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء
لأنه يمنع التخلية وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال مضاربة حيث لا يصح لأن
المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال هاهنا فلو جوزناه
يؤدي إلى قلب الموضوع وإذا لم يصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل
المضاربة الأولى قال وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال
وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في المال ومعناه شراء وكراء ووجه الفرق بينهما
أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب
في المصر ساكن بالسكنى الأصلي وإذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة فيه
وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالإنفاق من ماله
أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف
المضاربة الفاسدة لأنه أجير وبخلاف البضاعة لأنه متبرع قال وإن بقي شيء في
يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه
دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر

كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في المضاربة لأن خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف
إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة
يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه عادة كالحجاز وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى
يضمن الفضل إن جاوزه اعتبارا للمتعارف فيما بين التجار وأما الدواء ففي ماله
في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة
إلا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلوم الوقوع وإلى الدواء بعارض
المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال
وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرابحة حسب
ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه لأن العرف جار بإلحاق
الأول دون الثاني ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني
لا يوجبها قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها أو حملها بمائة
من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال
على ما مر وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع
كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه
ليس بعين مال قائم به ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب وإذا صار
شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه فصل آخر
وإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا وباعه بألفين واشترى بالألفين عبدا
فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع
العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة قال وهذا الذي ذكره حاصل الجواب
لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال
بألف وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال ظهر الربح
وهو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه وثلاثة أرباعه
للمضاربة على حسب انقسام الألفين وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن
لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج
نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة
أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة
ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة مرة الألف وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين

اشترى بالعين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد بربح الالف فحصة المضاربة ثلاثة الاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه اياه بالف باعه مرابحة على خمسمائة لان هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا ان فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الالف بينهما والالف لرب المال برأس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب فلما بيناه ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة ايام بخلاف ما تقدم فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم ورأس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده ولا يصير مستوفيا لانه لا يكون الا بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامعها الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان فقال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل قبلت منه لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعي عليه التمليك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيها الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانات ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا

جنبية لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن
في الايداع **قال** فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر على تسليمها ضمنها لانه متعد
بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه **قال**
وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة وقالا اذا
خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة
بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى
بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك
من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا يصلح موجبا لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان فيتعين
الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق
المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما
لا يخلو عن حبات الاخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بالمائع فعند ابي حنيفة
ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر
اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر
في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة ودل هذا الكلام على
خلط الجنس وكذا خلط الدراهم بالدراهم اذابة لانه يصير مائعا بها **قال**
وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا
لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان وهذا بالاتفاق **قال** فان انفق المودع
بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم **قال** واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة
فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى
يده زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين
صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه
وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره
للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك

قال

قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك
هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع
العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود
احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد بعزل نفسه بحضرة المستودع
كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد
الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها
عند ابي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين
ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته
قال وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك
في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق
امنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي لهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل
ومؤنة والظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المعتاد وهو الحفظ
في الامصار وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة
امتثال امره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة
يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان
العقد فاذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بالوديعة ضمن لان التقييد
مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا **قال** واذا اودع رجلان عند رجل
وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه لم يدفع اليه نصيبه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان
فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون
وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في
الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له
ان ياخذه فكذا هو يؤمر بالدفع اليه ولابي حنيفة انه طالبه بدفع نصيب الغائب
لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع والمفرز مشتمل على الحقين ولا يتميز حقه
الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها وقوله له ان ياخذه

قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه **قال** وان اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرى اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كل لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه اناء الليل واطراف النهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال **قال** واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفع الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امراته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد لان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط **قال** ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الآخر وهذا عند ابي حنيفة وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيتخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رايه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك واما الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره **قال** ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمال الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدا القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعطي للثاني لقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل للثاني ايضا يقضي بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الشيخ علي البزدوي في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضي بينهما لانه لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بالقرعة او بغيرها فكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما نفذ قضاؤه لمصادفته محل الاجتهاد وان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه **قال** ينبغي ان يحلفه عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابي يوسف وهذه المسئلة قد وقعت في بعض النسخ

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذلك

يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان الملك
يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل فلا يعتبر
المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره قال
وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض لانه مستعمل فيه ومنحتك
الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته
الهبة تحمل على تمليك المنافع تجوزا قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في
استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى لانه
جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه
بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة
والعارية مؤداة ولان المنافع تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد
لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي
يضمن لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع
فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا
ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض
لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه ولا يصلح سبب الضمان والاذن وان ثبت
لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة
المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون
بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس
للمستعير ان يؤجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط
من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد الى انقضاء
مدة الاجارة فابطلناه فان آجره فعطب ضمنه حين سلمه لانه اذا لم تصح الاجارة كان
غاصبا وان شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن
المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملكه ويتصدق بالاجرة وان ضمن المستاجر

يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم
قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي
ليس له ذلك لان اباحة المنافع على ما بيناه ومن ابيح له الطعام لا يملك الاباحة
وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما جعلناها موجودة في حق
الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة هاهنا ونحن نقول هو تمليك المنافع
على ما ذكرناه فيملك الاعارة كالموصى له بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في
الاجارة فتجعل كذلك في الاعارة دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا
لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رحمه الله وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت والانتفاع
وللمستعير فيه ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني
ان تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما سماه ولو امسكه بعد مضي الوقت
ضمن عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة
والثالث ان تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع
عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير
غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله ان يركب غيره وان كان الركوب مختلفا
لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين
ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه بنفسه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لان
الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها فاقتضى
تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او بالقرض والقرض ادناهما فيثبت ولان من
قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا اطلق
الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعير بها ميزانا او يزين بها
دكانا لم يكن قرضا ولم يكن له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا استعار آنية يتجمل
بها او سيفا محلى يتقلده قال واذا استعار ارضا ليبني فيها او ليغرس
جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس اما الرجوع فلما بينا واما
الجواز فلانها منفعة معلومة تملك بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير
شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان

في الاعارة م

والشعير غير الحنطة م

ويركب م

تنقلعه م

المستعير مغتر من جهته حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان سبق منه الوعد وان كان
وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه كره لما فيه من خلف الوعد
ويضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر
هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في مختصره وذكر
الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له الا
ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان
في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب اصل والمستعير صاحب تبع
والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت
او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له
نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك قال وأجرة رد العارية على
المستعير لان الرد واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والمؤنة الرد فتكون
عليه وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية
دون الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده وأجرة رد
العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك
دفعا للضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال واذا استعار دابة فردها الى اصطبل
مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل
ضيعها وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك
معتاد كآلة البيت ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط وان استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب او الوديعة
الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك
بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا
الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا
حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها الا الى المعير لعدم ما ذكرناه من العرف فيه
قال وان استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير
ان يكون مسانهة او مشاهرة لانه ان كان يحفظها بيد من في عياله كما
في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها مع عبد رب
الدابة او اجيره لان المالك رضي به الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردها الى عبده

وقيل

وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدابة وقيل فيه وفي غيره وهو الاصح لانه
ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان ردها مع اجنبي ضمن
ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قال بعض المشايخ
وقال البعض يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانتهاء الاعارة
لانقضاء المدة قال ويكتب المستعير اطعمتني ارضك ولا يكتب اعرتني عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب اعرتني لان لفظة الاعارة موضوعة له والكتابة
بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان لفظة الاطعام ادل على المراد لانها
تخص الزراعة والاعارة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى
بخلاف الدار لانها لا تعار الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد
مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى هذا انعقد الاجماع وتصح بالايجاب
والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول
والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا
بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد
نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض
الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان
ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق الورثة
متأخر عن الوصية فلم يملكوها فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير امر الواهب جاز
استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا ان يأذن له الواهب في القبض وفي
القياس لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي رحمه الله لان القبض تصرف
في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا ان القبض
بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود
منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد
الافتراق لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا
ما يلحق به بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة
الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول
صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام أكل ولدك نحلت مثل هذا
وكذا الثاني يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى واحد وكذا تنعقد بقوله

اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء وحملتك على
هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام اذا اضيف الى
ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال اطعمتك هذه الارض حيث
تكون عارية لان عينها لا تطعم واما الثاني فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث
فلقوله عليه السلام فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا اذا قال جعلت هذه
الدار لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية
لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند
نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه يراد به التمليك قال الله تعالى
او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية
كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة
فهي عارية لان العارية محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين
فيحمل المحتمل على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة
عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان قوله تسكنها
مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له
قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم
جائزة وقال الشافعي رحمه الله تجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع
وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له
وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه
في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب
ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل
القبض كيلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به
ولانه لا تلزمه مؤنة القسمة والمهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت
العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد
والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقد ضمان فناسب
لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض
القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو
وهبه من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب مشاعا

مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده
لا شيوع قال ولو وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة
لما ذكرنا فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم
ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد
باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة
اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في
النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض
كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان
لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه
منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة
غير مضمون فينوب عنه قال واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها
الابن بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان
في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا
او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا
كالهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذلك
كل من يعوله قال وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك
عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم
هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء
ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز
لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى
الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له
عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينتزعه من يده فيملك ما يتمحض
نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه
نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد
الزفاف لتفويض الاب اموره اليه دلالة بخلاف ما اذا كان قبل الزفاف ويملكه
مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب
او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب

الى النافع م

كان م

ومع حضوره لا ضرورة قال وإذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لأنهما
سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع وإن وهبها واحد من اثنين لا يجوز
عند أبي حنيفة وقالا يجوز لأن هذه هبة الجملة منهما إذ التمليك واحد فلا يتحقق
الشيوع كما إذا رهن من رجلين دارا وله أن هذه هبة النصف من كل واحد
ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولأن الملك يثبت لكل منهما في النصف
فيكون التمليك كذلك لأنه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف
الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد كملا إذ لا شيوع ولهذا لو قضى دين أحدهما
لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم
أو وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهما لم يجز وقالا يجوز للغنيين
أيضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لأن كل واحد تمليك
بغير بدل وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم وفي الأصل سوى فقال وكذا
الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على
هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة
يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور
في الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لأحدهما ثلثاها وللآخر
ثلثها لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها
وللآخر نصفها عن أبي يوسف رحمه الله فيه روايتان فأبو حنيفة مر على أصله
وكذا محمد رحمه الله والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض
يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز إذا
رهن من رجلين ونص على الأبعاض

باب الرجوع في الهبة

قال وإذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع فيها
لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولأن الرجوع
ضد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لأنه
لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عليه السلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب
منها أي ما لم يعوض ولأن المقصود بالهبة هو التعويض للعادة فتثبت ولاية
الفسخ عند فواته إذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع
وإثباته للوالد فإنه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله فله الرجوع لبيان الحكم

أما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم
للرجوع موانع ذكر بعضها فقال إلا أن يعوضه عنها لحصول المقصود أو تزيد زيادة
متصلة لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة
لعدم دخولها تحت العقد قال أو يموت أحد المتعاقدين لأن بموت الموهوب
له ينتقل الملك إلى الورثة فصار كما إذا انتقل في حال حياته وإذا مات الواهب فوارثه
أجنبي عن العقد إذ هو ما أوجبه قال أو تخرج الهبة من ملك الموهوب له لأنه حصل
بتسليطه فلا ينقضه ولأنه تجدد الملك بتجدد سببه قال فإن وهب له
أرضا بيضاء فأنبت في ناحية منها نخلا أو بنى بيتا أو دكانا أو آريا وكان
ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها لأن هذه زيادة متصلة
وقوله وكان ذلك زيادة فيها لأن الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد
زيادة أصلا وقد تكون الأرض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها
فلا يمتنع الرجوع في غيرها قال فإن باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي
لأن الامتناع بقدر المانع وإن لم يبع شيئا منها فله أن يرجع في نصفها لأن
له أن يرجع في كلها فكذا في نصفها بالطريق الأولى قال وإن وهب
هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام إذا كانت الهبة لذي
رحم محرم لم يرجع فيها ولأن المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب
أحد الزوجين للآخر لأن المقصود فيها الصلة كما في القرابة وإنما ينظر إلى هذا
المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها
بعدما وهب فلا رجوع قال وإذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا
عوضا عن هبتك أو بدلا عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع
لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وإن عوضه
أجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لأن العوض
لإسقاط الحق فيصح من الأجنبي كبدل الخلع وبدل الصلح وإذا استحق نصف
العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر رحمه الله
يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء
وبالاستحقاق ظهر أنه لا عوض إلا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع
إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله أن يرده قال وإذا وهب دارا فعوضه

نصف رجع في النصف الذي لم يعوض لان المانع خص النصف قال ولا يصح
الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول
المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او بالقضاء حتى لو كانت الهبة
عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا اذا
هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان
يمنعه بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى
لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ
فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد
القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في حق الفسخ فافترقا قال واذا
تلفت العين الموهوبة فاستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب
بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد
المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر
التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد
وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع
انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع
وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من
نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على الجهتين فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد
امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد
والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف
بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء
لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه
وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة وهذا هو الحكم في الخلع والنكاح والصلح عن دم العمد لانها
لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل
بها ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه
الاستثناء ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن

شبيه الاستثناء ولا يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء
هو مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او على
ان يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه
شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط
تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى ان النبي عليه السلام
اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان
الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات
قال ومن له على اخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت
منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف
الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين
ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا
ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد
ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها
كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته
ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره له عمره واذا مات
ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل
بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى
شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز العمرى ورد الرقبى ولان
معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهي لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب
موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فيبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما لانه
يتضمن اطلاق الانتفاع

فصل في الصدقة

قال والصدقة
كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا
في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل قال
وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب
وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر ان
يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر ان يتصدق بملكه لزمه

التصدق بالجميع ويروى مائة والاول سواء، وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء، ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة وتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعي المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

قال وتارة تصير معلومة بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير الوحد ولا بد من بيان الوقت

قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كمن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع

الذي

الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فيسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض المدة سقط الاجر بقدره اذ الانفساخ في بعضها

قال ومن استأجر دارا فللمؤجر ان يطالبه باجرة كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق في العقد لانه بمنزلة التأجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استأجر بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه المرجوع اليه ان القياس يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا

قال وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا

قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان الشرط فيه لازم

قال ومن استأجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج

لا اجر له للهلاك قبل التسليم وان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمن الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا بالعرف ومن استاجر رجلا ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رحمه الله ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء ضمنه معمولا وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تعالى قال وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن به راضيا من حيث انه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين

فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين واذا استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر كما في الطعام وهي المسالة التي تلي هذه المسالة وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجر رجلا ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسالة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فيصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة قال ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه الا بذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت

والزرع تبقى حيث يتركه باجر المثل الى ان الادراك لان لها نهاية معلومة فامكن
رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا
ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعهما فيتملكهما بغير
رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان
الحق له فله ان لا يستوفيه وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض
رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استيجار
الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معلومة معهودة وان اطلق الركوب
جاز له ان يركب من شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا
ليس له ان يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون
في الركوب فصار كانه نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق
فهو على ما ذكرنا لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها
فلان او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطبت كان ضامنا لان الناس
يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا واما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان
يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا
قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة
فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن
لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو اضر من الحنطة
كالملح لانعدام الرضا فيه وان استاجرها ليحمل عليها قطنا سماه فليس له ان يحمل
عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع
من ظهرها والقطن ينبسط على ظهرها قال وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا
فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها جهل الراكب الخفيف ويخف
عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن
فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو ماذون
فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل
تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن طاقة الدابة

وان كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا
يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا
باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق
السوق بدونه وانما هو للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق وان
استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
وكذلك العارية وقيل تاويل هذه المسألة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لينتهي
العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى اما اذا استاجرها
ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب
مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود
الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ
مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال لا مقصودا لم يبق هو
نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا اصح وان استاجر حمارا بسرج فنزع السرج واسرجه بسرج
يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك
اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فيضمن الزيادة
وان كان لا يسرج بمثله الحمر يضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان او
كفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا اولى وان او
كفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان
يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان
زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار
كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من جنسه ولابي حنيفة ان الاكاف ليس من
جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة ما لم ينبسط
عليه الآخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط الحنطة وان استاجر حمالا
ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع
فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجرة وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان
عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر
عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا
يسلكه الناس فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع

الخلاف معنى آخر بين صورة. قال وان حمله في البحر فيما يحمل الناس في البر ضمن لفحش التفاوت
بين البر والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى. ومن
استأجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض
من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر
فيضمن النقصان ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه. ومن دفع
الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان
شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق الذي هو
ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهما
يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يضمنه من غير خيار لانه استهلاك لاختلاف
جنس التقدير ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع
القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب
اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر
الاجارات الفاسدة على ما نبينه ان شاء الله تعالى. ولو خاطه سراويل
وقد امره بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير
للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امره بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه
يخير كذا هذا والله اعلم. باب الاجارة الفاسدة. قال الاجارة تفسدها الشروط
كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة
الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا
ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة
في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا
اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم تجب زيادة
المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين متقومة في نفسها وهو الموجب الاصلي
فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا. قال ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في
شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل
ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر
الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء
العقد الصحيح ولو سمى جملة الشهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة. قال

فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي
وكذلك كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان
الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ رحمهم الله وظاهر الرواية
ان يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار
الاول بعض الحرج. وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر
من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه
جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمى وان لم يسم
شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء
فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل
الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها الاصل وان كان في اثناء الشهر
فالكل بالايام عند ابي حنيفة رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف وعند محمد رحمه الله
وهو رواية عنه الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة
وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة
وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر في الطلاق. قال ويجوز اخذ اجرة
الحمام والحجام فاما الحمام فلتعارف الناس ولم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال
النبي عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان
النبي عليه السلام احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استئجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع
جائزا. قال ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث
لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه. قال ولا الاستئجار
على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص
بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما لا يتعين على الاجير
لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه السلام اقرؤوا القرآن
ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص رضي الله عنه وان
اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن
العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلاة
ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على
تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستئجار على تعليم القرآن اليوم لانه

ينقضي م
ويومها م
اخذ م
فحلا ساه

لهم التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال
ولا يجوز الاستئجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استئجار على المعصية
والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة
رحمه الله الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر
نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا
يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او من رجلين
وصار كالبيع ولابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم
المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي
يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن واما التهايؤ فانما
يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد
وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واذا آجر من شريكه فالكل يحدث
على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن
عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف
ما اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ
قال ويجوز استئجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن
ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان
العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة
الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو
ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد
على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر
عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة
معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا
عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز
والطبخ وله ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر
شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه
تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس
الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم

ان

ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام
وبين قدره ووصفه جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان اوصافها اثمان
ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وقد ذكرناه
في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه
انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم قال
وليس للمستأجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال
حقه الا يرى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستأجر يمنعه
من غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا
خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم ان يفسخوا الاجارة
اذا مرضت وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص
عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي واصلاح
الطعام وغير ذلك على الظئر اما الطعام على والد الولد وما ذكر محمد رحمه الله
ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة فان ارضعته
المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع
فان هذا ايجار وليس بارضاع وانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل
ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا يحمل عليه طعاما
بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز
الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها
وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان
المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول وحصوله بفعل الاجير فلا يعد
هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف
الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا
بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله
الا وهو عامل فيه لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر
قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه
رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر
بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلا

ليخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا في الاجارة هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال
تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب
كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع
المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود
عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استأجر ارضا على ان يكربها
ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة
الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يقتضيه
العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه
منفعة لاحد العاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد ولان مؤاجر الارض يصير
مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه ثم
قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها
مرتين وهو في موضع تخرج الارض الريع بمرة بالكراب والمدة سنة واحدة وان
كانت ثلث سنين ولا يبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل
المراد منها الانهار العظام وهو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل قال
وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله
هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب
له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا
بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي نسيئة
والى هذا اشار محمد رحمه الله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة
عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام
بين رجلين فاستأجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام
كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعا
جائز وصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استأجره لعمل لا وجود له لان

فعل حتى لا يتصور تسليمه بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود
عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق
التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق تسليمها دون
وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه
امر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع قال ومن استأجر ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي
شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها وكذا
ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض ومنه ما لا يضر بها فلم يكن المعقود عليه
معلوما فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز
وهو قول زفر رحمه الله لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة
ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار
كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة قال وان استأجر حمارا
الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في نصف الطريق فلا
ضمان عليه لان العين المستأجرة امانة في يده وان كانت الاجارة فاسدة
وان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسألة الاولى وان
اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسألة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا
للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين
اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ
لان المعقود عليه اذا كان هو العمل او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه
لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان
هلك لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من
شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله
عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه
العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير
من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت
حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان
العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لم
يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا

لا يتأتى به الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر
قال وما تلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي
يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان
عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم فصار كاجير الوحد ومعين القصار
ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة
الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا
فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه
يعمل بالاجر فامكن تقييده به بخلاف اجير الوحد على ما نذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع
الحبل من قلة اهتمامه به فكان من صنعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن
غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان
الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان
العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في
بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء
ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه الاجر بحسابه اما الضمان فلما قلنا
والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنعه واما الخيار فلانه اذا
انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا
الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا
عند الكسر فيميل الى اي الجهتين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي
الوجه الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا فصد الفصاد او
بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع
الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا باذن مولاه فمات
فلا ضمان عليه وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز
عن السراية لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح
من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف
بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم
نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم وانما سمي اجير وحد لانه
لا يمكنه ان يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا

يبقى

يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف
في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه وهذا
ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع استحسان عندهما
لصيانة اموال الناس واجير الوحد لا يتقبل الاعمال فتكون السلامة غالبة
فيؤخذ فيه بالقياس واما الثاني فلان المنافع متى صارت مملوكة للمستاجر فاذا امره
بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا
لا يضمنه

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال للخياط ان
خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين جاز واي عمل
من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفر فبدرهم
وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك
هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا خيره بين مسافتين
مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا او الى واسط بكذا وكذا
اذا خيره بين ثلاثة اشياء وان خيره بين اربعة لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع
دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط لان الاجر
انما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد
فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال ان خطته
اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان
خاطه غدا فله اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع
الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف رحمه الله ومحمد
الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان الخياطة
شيء واحد وقد ذكر في مقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان
ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر
اليوم للتاقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولان التعجيل
والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة رحمه الله ان
ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد لاجتماع
الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول
ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في

ذلك

[illegible]

اليوم الثاني في رواية الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رحمه الله هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة عليه إلى ما بعد الغد أولى. ولو قال إن أسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وإن أسكنته حدادا فبدرهمين جاز وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالا الإجارة فاسدة وكذا إذا استأجر بيتا على أنه إن سكن فيه فبدرهم وإن أسكن فيه حدادا فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فنصف درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لأن الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما ولأبي حنيفة رحمه الله أنه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا يرى أنه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها والإجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة ولو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين للتيقن به.

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعينت الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب. ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا وأعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر وأصله أن الإجارة صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى وقيام الحجر فصار كما إذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذه منه. ومن غصب عبدا

فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وإن وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر. ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا ينصرف إلى ما يلي العقد تحريا للجواز أو نظرا إلى تنجز الحاجة فينصرف الثاني إلى الثاني ضرورة. ومن استأجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق أو مرض حين أخذته وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتيني بساعة فالقول قول المستأجر وإن جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بتحكيم الحال إذ هو دليل على قيام السبب وهو يصلح مرجحا وإن لم يصلح حجة في نفسه وأصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه.

باب الاختلاف

وإذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو قال صاحب الثوب للصباغ أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصاحب الثوب لأن الإذن يستفاد من جهته ألا يرى أنه لو أنكر أصل الإذن كان القول قوله فكذا إذا أنكر صفته لكن يحلف لأنه أنكر شيئا لو أقر به لزمه. قال وإذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل أنه يخير إن شاء ضمنه وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لأنه بمنزلة الغاصب وإن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه ينكر تقوم عمله إذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف إن كان الرجل حريفا له أي خليطا له فله الأجر وإلا فلا لأن سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معتادهما وقال محمد رحمه الله إن كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالأجر فالقول قوله لأنه لما فتح الحانوت لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لأنه منكر والجواب

قوله قميصا

وكذا الخبر في مسئلة الصبغ إذا حلف إن شاء ضمنه قيمة الثوب أبيض وإن شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله

فاستحق منه ان الظاهر يصلح للدفع والحاجة هنا الى الاستحقاق
ق ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ
لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل
القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب
فيلزمه جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤاجر ما ازال به العيب فلا خيار له
لزوال سببه ق واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع
الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهي المنافع المخصوصة
قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن اصحابنا من قال
ان العقد لا ينفسخ لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في
البيع وعن محمد رحمه الله ان الآجر لو بناها ليس للمستأجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا
تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع
به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين
وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة او الاجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز
وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام
ما ذكرناه من المعنى ق ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي رحمه الله
لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه كما هو لو كان الخيار له لفوات بعضه
ولو كان للمؤاجر فلا يمكن التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا
انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع
والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار
العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون
الاجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض اذا سلم المؤاجر
بعد مضي بعض المدة ق وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي
لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها
فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر
في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد
عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا وهو

كما اذا استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع او استأجر طباخا ليطبخ له طعام
الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم
يستحق بالعقد وكذا اذا استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من
آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر
فسخ القاضي العقد وباعها في الديون لان في الجري على موجب العقد الزام ضرر
زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله
فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكر في
الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان
الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان
هذا بمنزلة العيب قبل القبض في البيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ وجه الاول
انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر
ظاهرا لا يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
لظهور العذر ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه
لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج فذهب وقته
او لطلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس ذلك بعذر لانه
يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو مرض المؤاجر فقعد
فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر
فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس ذلك بعذر
لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد
واذا استأجر الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي
على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه
اما الذي يخيط باجر فرأس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه
وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يقعد الغلام
للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا استأجر
دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل
لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل شخصان فامكنهما ومن استأجر
غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن الزام ضرر زائد لان خدمة

السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا وكذا
إذا أطلق لما قلنا إنه يتقيد بالحضر بخلاف ما إذا أجر العقار ثم سافر لأنه لا ضرر إذ
المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لأن فيه
المنع من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر قال ومن استأجر
أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه لأنه
غير متعد في هذا التسبب فأشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة
ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة فيضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه
قال وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز
لأن هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فينتظم بذلك
المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا وراكبين إلى مكة
جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي
ذلك إلى المنازعة وجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل
تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف إلى المتعارف فلا يفضي إلى المنازعة وكذا إذا
لم ير الوطاء والدثر قال وإن شاهد الجمال المحمل فهو أجود لأنه أنفى للجهالة
وأقرب إلى تحقق الرضا قال وإن استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد
فأكل منه في الطريق جاز أن يرد عوض ما أكل لأنه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق
فله أن يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد الزاد معتاد عند
البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالإطلاق والله أعلم بالصواب

كتاب المكاتب

قال وإذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرط عليه وقبل العبد
ذلك صار مكاتبا أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا وهذا ليس أمر
إيجاب بإجماع بين الفقهاء وإنما هو أمر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الإباحة إلغاء الشرط
إذ هو مباح بدونه أما الندبية معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر
بالمسلمين بعد العتق فإن كان يضر بهم فالأفضل أن لا يكاتبه وإن كان يصح
لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فلأنه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق
إلا بأداء كل البدل لقوله عليه السلام أيما عبد كوتب على مائة دينار فأداها إلا
عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه
اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما اخترناه قول زيد رضي الله عنه ويعتق بأدائه وإن لم يقل

المولى إذا أديتها فأنت حر لأن موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز أن يشترط المال
حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لأنه عاجز
عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله للرق بخلاف السلم على أصله لأن المسلم إليه أهل
للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل الإقدام على العقد عليها فيثبت
ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولأنه عقد معاوضة والبدل معقود به فأشبه
الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم
فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى
ظاهرا بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الأداء يرد
إلى الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق
الإيجاب والقبول إذ العاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رحمه الله
يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة إذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان
لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره
لا يعتق ويسترد ما دفع ولو قال العبد جعلت عليك ألفا تؤديها إلي نجوما
أول النجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وإن عجزت فأنت رقيق فإن
هذه مكاتبة لأنه أتى بتفسير الكتابة ولو قال إذا أديت إلي ألفا كل شهر مائة
فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التنجيم يدل على الوجوب وذلك
بالكتابة وفي نسخ أبي حفص رحمه الله لا تكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالأداء مرة قال
وإذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه أما الخروج عن يده فلتحقيق معنى
الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء
البدل فيملك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإن نهاه المولى وأما عدم الخروج
عن ملكه فلما روينا ولأنه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجز العتق
ويتحقق بتأخره ولأنه ثبت له نوع مالكية وثبت له في الذمة حق فلو أعتقه عتق
بعتقه لأنه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بحصول
العتق به وقد حصل دونه قال وإذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر لأنها
صارت أخص بأجزائها توسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من
جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالأجزاء والأعيان

جنى عليه او على ولده لزمته الجناية لانه وان الملك للامام لان المولى
لا يجنى في حق اكتسابه لنفسه اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض
المبتغى بالعقد **فصل** في الكتابة الفاسدة **قال** واذا كاتب المسلم
عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير
لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني فلان القيمة
مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب
او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة
فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء
القيمة ايضا لانه بدل معنى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء
عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا
كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان
الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء
البدل المشروط اما الميتة فليست بمال اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيها فاعتبر
فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى
في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد
قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع **قال** ولا ينقص عن المسمى ويزاد
عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع
الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل
حقه في العتق اصلا فتجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة
لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا
كاتبه على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف
اجناسه فلا يثبت العتق بدون ارادته **قال** وكذلك ان كاتبه على
شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين
حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين
في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله
رواه الحسن رحمه الله انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق فان عجز يرد في الرق

لان

لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة فاشبه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات
معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع
بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط
فعلى ما هو تابع فيه اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله انه يجوز
لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز
اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك
المكاسب وهو المقصود لانه تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا
كان البدل عينا معينا والمسألة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
اجاز ذلك او لم يجز غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب
تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك
العين ففي ابي حنيفة رحمه الله رواه ابو يوسف رحمه الله انه اذا اداه لا يعتق
وعلى هذه الرواية لا ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي فانت حر
فحينئذ يعتق بحكم الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق قال
ذلك او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط
ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الاعيان
وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي
قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عليه عبدا بغير عينه فالكتابة
فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم
المائة الدينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد
فيكون مكاتبا بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط
فكذا يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من الدنانير
وانما تستثنى قيمته وهي لا تصلح بدلا فكذا مستثنى **قال** واذا كاتبه على حيوان
غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة
وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح واما اذا لم يبين الجنس
مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل اجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس
كالعبد والوصف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة
الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع

ومن انه معاوضة مال بغير مال وبمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح و
النكاح ان يبتنى على المسامحة بخلاف البيع لانه يبتنى على المماكسة قال واذا كاتب
نصراني عبده على خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانها
مال في حقهم بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن
تمليك الخمر وتملكها وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب
قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما حيث يفسخ البيع على
قول البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فانه لو كاتب على وصيف
واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على القيمة اما البيع لا ينعقد على
القيمة صحيحا فافترقا قال فان المولى اذا قبضها عتق لان في الكتابة معنى
المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك
بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من اهل
التزام الخمر ولو اداها عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير
حرا يدا وذلك بمالكية التصرف مستبدا به تصرفا يوصله الى مقصوده وهو نيل الحرية
باداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق
في الحضر فيحتاج الى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر
قد يحابي في صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله
ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة
الاستبداد وثبوت الاختصاص فيبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لم يتمكن
في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه
النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة
لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه وهذا هو الاصل او نقول ان
الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد
فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة
قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك
ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى
لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة

تبرع

تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدا
من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته
ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب فلا يملكه بنوعيه
نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب
فان وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب
للمال فانه يتملك به المهر فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده
والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان مآله العتق والمكاتب
ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه
كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد
وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب
للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو ثابت له
قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع
ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد
لعدم الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فادى الاول بعد ذلك
وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان
ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل
فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده
لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه
اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه
اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل
رقبته المهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر
قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب
كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية
نظرية قال فاما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف
المضارب والمفاوض والشريك شركة العنان هو قاسه على المكاتب واعتبره
بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة فاما المكاتب

يملك الاكتساب وهذا من الاكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة
دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال فلهذا لا يملكه المولى كتزويج العبد
فصل واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من
اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى كان
يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في
كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة
ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحرية وله ان للمكاتب كسبا
لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة
الوالد والولد ولا يكفي لغيرهما حتى لا تجب نفقة الاخ الا على الموسر ولان هذه قرابة
توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في حق العتق وبالاول
في الكتابة وهذا اولى من العكس لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد
الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه قال واذا
اشترى ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها معناه اذا كان معها ولدها
اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم
قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رحمه الله وله ان القياس ان يجوز
بيعها وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
الا انه ثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون
الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في
كتابته لما بينا في المشترى وكان حكمه حكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب
كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت
المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير
والاستيلاد قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه
ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح فلهذا يتبعها في الرق
والحرية قال وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت
منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة وكذلك العبد ياذن له
المولى بالتزويج وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه

اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا
لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون
رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل
في الحر باجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور
بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق
به قال وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها
رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى
يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين
في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها
لانه لولا الشراء لما سقط الحد ولو لم يسقط الحد لا يجب العقر اما اذا لم يظهر في
الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة
قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها اخذ بالعقر
في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع
صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا
في حق المولى فصل واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت
مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانها تلقتها
جهتا حرية عاجل ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو
حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة
واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها
على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة
وان ماتت هي وتركت مالا تؤدى منه كتابتها وما بقي ميراث لابنها جريا على
موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر ولو ولدت ولدا
آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات من غير وفاء
سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه
السعاية لانه بمنزلة ام الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى
ام ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة
ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق

عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء، فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع الإبقاء من غير فائدة، غير أنه تسلم لها الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد والأكساب لأن الفسخ لنظرها، والنظر فيما ذكرناه. ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لأنها باقية. قال: وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة وإنما الثابت مجرد الاستحقاق. وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن تسعى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة، وهذا عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: تسعى في الأقل منهما، وقال محمد رحمه الله: تسعى في الأقل من ثلثي بدل الكتابة وثلثي قيمتها، فالخلاف في الخيار والمقدار، فأبو يوسف مع أبي حنيفة رحمهما الله في المقدار، ومع محمد رحمه الله في نفي الخيار. أما الخيار ففرع تجزي الإعتاق عنده، لما تجزأ بقي الثلثان رقيقا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير، وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير. وأما المقدار فلمحمد أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير، لأن المال لم يجب البدل بمقابلته، ألا يرى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة. ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء، وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا، والظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته، وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة، كذا ههنا، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليها لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا. قال: فإن دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا، ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك، فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: تسعى في الأقل منهما، فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا، أما المقدار فمتفق عليه، ووجهه

قيمتها وثلثي م

ما بيناه. قال: وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه، والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى ولكنه ينفسخ برضا العبد، والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه. قال: وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز، وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا، ولهذا لا يجوز مثله في الحر وفي مكاتب الغير. وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال، وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به، فاعتدلا فلا يكون ربا، ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه، والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة، بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا، والأجل شبهة فيه. قال: وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها، وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل. ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال، وحق الورثة يتعلق بالمبدل فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع، بخلاف الخلع لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل. ونظير هذا إذا باع المريض داره بثلاثة آلاف إلى سنة وقيمتها ألف ثم مات ولم تجز الورثة فإنه يقال للمشتري أد ثلثي جميع الثمن حالا والثلث إلى أجله وإلا فانقض البيع، وعند محمد يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا في المعنى. قال: وإن كاتبه على ألف إلى سنة وقيمته ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة حالا أو ترد رقيقا في قولهم جميعا لأن المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما.

باب من يكاتب عن العبد

قال: وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق، وإن بلغ العبد فقبل فهو مكاتب، وصورة المسألة أن يقول الحر للمولى: كاتب عبدك على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر، فكاتبه

بعتقه م

كما إذا علقه بالكتابة إذا قدم

المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتبا لأن الكتابة كانت
موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ولو لم يقل على أني إن أديت إليك ألفا فهو حر فأدى
لا يعتق قياسا لأنه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر على
الغائب في تعليق العتق بأداء القابل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في لزوم الألف
العبد وقيل هذه هي صورة مسألة الكتاب ولو أدى الحر البدل لا يرجع على العبد
لأنه متبرع قال وإذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فإن أدى
الشاهد أو الغائب عتقا ومعنى المسألة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي
وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته
عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة
العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه
مشروعة كالأمة إذا كوتبت دخل أولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس
عليهم من البدل شيء وإذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر وله أن يأخذه بكل
البدل لأن البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه
تبع فيه قال وأيهما أدى عتقا ويجبر المولى على القبول أما الحاضر فلأن البدل
عليه وأما الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية وإن لم يكن البدل عليه وصار
كمعير الرهن إذا أدى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص عينه وإن لم
يكن الدين عليه قال وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لأن الحاضر قضى دينا
عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه قال وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء
لما بينا فإن قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة
لازمة للشاهد لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله كمن
كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا يتغير حكمه حتى لا يرجع عليه لو أدى كذا هذا
قال وإذا كاتبت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وأيهم
أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لأنها جعلت نفسها
أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا في المسألة الأولى وهي أولى بذلك
من الأجنبي

باب كتابة العبد المشترك

وإذا كان العبد بين رجلين
أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب
وقبض بعض الألف ثم عجز فالمال للذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا

هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده خلافا
لهما بمنزلة العتق لأنها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة
الإذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن وإذنه له بقبض البدل
إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له
وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل في النصف
وكيل في النصف فهو مكاتب بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز
قال وإذا كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت بولد
فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد للأول
لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها وصار نصيبها أم ولد
له لأن المكاتبة لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومية الولد على نصيبه
كما في المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه
ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين أن الجارية كلها
أم ولد للأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لأنه لشريكه
تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن
شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لأنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها
كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه
وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وأيهما دفع العقر إلى المكاتبة جاز لأن
الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وأبدالها وإذا عجزت
ترد إلى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا
هي أم ولد للأول ولا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صار كلها أم
ولد له لأن أمومية الولد يجب تكميلها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لأنها
قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير
لأنه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة إذ
المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا وإذا صار كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم
ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير أنه لا يجب
الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لأن الوطء لا يعرى عن إحدى الغرامتين وإذا
بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبة له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لأن الكتابة

ولا يثبت النسب منه ولا يكون ابنه بالقيمة ويلزم فيها العقر صح

ينفسخ فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل
البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه و
الكتابة هي التي تعلق العتق لاختصاصها باداء نصفها ولو عجزت وردت في الرق
يرد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بيناه قال ويضمن الاول لشريكه في قياس
قول ابي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه
موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد الاقل من نصف قيمتها ومن يعني ثم
نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف
البدل على اعتبار الاداء فلتردده بينهما يجب اقلهما قال وان كان الثاني لم
يطأها ولكن دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عنده فظاهر
لان المستولد تملكها قبل العجز واما عندهما فلانه بالعجز تبين انه
تملك نصيبه من وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك
بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه
تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بيناه ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطئه
جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد وهو تملك بالقيمة
والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قولهم جميعا ووجهه
ما بيناه قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن
المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها لم تزل قنة
والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما في مسألة تجزي
الاعتاق وقد قررناه من قبل فاما قبل العجز فليس له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة رحمه الله لان الاعتاق لما كان يتجزأ عنده كان اثره ان
يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك
وعندهما لما كان لا يتجزأ يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان
موسرا ويستسعى العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار
قال واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما ثم اعتقه الاخر وهو موسر
فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان

شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعى
او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يتجزأ عنده فتدبير
احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت له خيرة الاعتاق و
التضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان
يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة
نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين
وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع واشباهه والاستخدام
وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان
اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات عنده فاذا دبره لم يبق له خيار
التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال
ابو يوسف رحمه الله ومحمد اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما
فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه
ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادف
التدبير وهو قن ولو اعتقه احدهما فتدبير الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ
عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته
ان كان موسرا ويسعى العبد في ذلك ان كان معسرا لان ضمان الاعتاق يختلف
باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم
عليه لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين او الثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة
التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد
عليه وان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي
كرم الله وجهه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال
مدة استيسارا واولى المدد ما توافقا عليه العاقدان ولهما ان سبب الفسخ قد

تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصوده
الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات فيفسخ اذ لم يكن راضيا دونه
بخلاف اليومين والثلثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والاثار متعارضة
فان المروي عن ابن عمر رضه ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج
قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه فهو
جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض العبد
لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب
بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة
وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا
عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ
الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو
ميراث لورثته ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه
اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما
تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود من الكتابة
عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الممات مقصودا
او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني
لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت
ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى
فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل اولى
لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت انافي للمالكية منه
للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال
وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا
ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه
ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له
اما ان تؤدي الكتابة حالا او ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله اما عندهما
يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود في الكتابة والجامع انه مكاتب عليه تبعا له

ولابي

ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف المشترى ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق
بين الفصلين ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد
والمشترى لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف
المولود في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه
سعى في نجومه قال فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته
في آخر جزء من اجزاء حيوته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه في الكتابة
فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
لان الولد اذا كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا
حكم بحرية الاب حكم بحريته في تلك الحالة لما مر قال وان مات المكاتب وله
ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق
الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي
الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي الاب
في ولائه فقضى به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا
وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانه اذا فسخت مات عبدا واستقر
الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء
الى موالي الاب وهذا الفصل مجتهد فيه فينفذ ما لاقيه من القضاء فلهذا كان
تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى
لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت
الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية
وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح له يتناوله على
ملك المبيح ونظيره المشترى شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له
ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر
لان بالعجز يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر
الملك للمولى عنده لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ
لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والآخذ
لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى

وفاء
وانما قال دينا لانه لو كان عينا لا يتاتى القضاء
بالالحاق بالام لامكان الوفاء في الحال

وقد بيناه، اخذ من الصدقة فى يديهما حيث يطيب لهما وعلى هذا اذا اعتق المكاتب
واستغنى يطيب له ما بقى من الصدقة فى يده قال واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب جناية العبد فى
الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة
مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلى وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض
به حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به عليه فى كتابته ثم عجز فهو دين يباع
فيه لانتقال الحق من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا قول ابى حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقد رجع ابو يوسف رحمه الله اليه وكان يقول يباع فيه وان عجز قبل القضاء
وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما
وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما فى جناية المدبر وام الولد ولنا ان المانع
قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال فى الحال فيتوقف على القضاء او الرضا
وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على القضاء لتردده و
احتمال عوده وكذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال
بحال قال واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدى الى ابطال
حق المكاتب اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى
ورثة المولى على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك
فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه فى الاستيفاء فان اعتقه
احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب
الملك فكذا بسبب الوراثة وان اعتقوه جميعا عتق وسقط عنه مال الكتابة لانه
يصير ابراء له عن بدل الكتابة لانه حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا
يجعل ابراء عن نصيبه لانه يجعل ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت فى
البعض واذ انه يبرأ المكاتب لا فى بعضه ولا فى كله ولا وجه الى ابراء
الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة
ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه فى الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة
كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء
الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر

باشياء وقرر النبى عم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم
وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف
قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عم الولاء لمن اعتق ولان التناصر
به فيعقله وقد احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان
الغنم بالغرم ولان الغنم لما روينا وان عتق لان بنت حمزة رضى الله عنهما اعتقت
فجعل النبى عم المال بينهما نصفين ويستوى فيه الاعتاق بمال او بغيره
لاطلاق ما ذكرناه قال وان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن
اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق
وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من السبب وهو
الكتابة وقد قررناه فى المكاتب وكذلك العبد الموصى بعتقه او بشرائه وعتقه
بعد موته لان فعل الوصى بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وان مات المولى
عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا فى العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم
بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا فى العتاق
وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه ولو تزوج عبد رجل امة لآخر
فاعتق مولى الامة الامة وهى حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل
لمولى الام لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها
قابل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت
ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت
ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف
ما اذا والت رجلا وهى حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد للاب
لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول
وهو ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا
فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها فى الولاء
ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر
ولاء ابنه وانتقل عن موالى الام الى موالى الاب لان العتق هنا فى الولد ثبت تبعا بخلاف
الاول وهذا لان الولاء بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع
ولا يوهب ولا يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى الموالى

ذكر الولاء لمن عتق

موالي الام كانت لعدم اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه
كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف
ما اذا اعتدت المعتدة عن موت او طلاق ثم جاءت بالولد لاكثر من سنتين من وقت
الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الام وان اعتق الاب لتعذر اضافة
العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطي وبعد الطلاق الرجعي لانه
يصير مراجعا بالشك فاستند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق
فعتق مقصودا **قال** في الجامع الصغير واذا تزوجت معتقة بعبد فولدت
اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم عتقوا بعتاقها ولا عاقلة لهم
ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان
اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا **قال** ولا يرجعون على عاقلة
الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا لهم وانما يثبت للاب مقصودا
لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب
الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت
العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون **قال** ومن تزوج من العجم بمعتقة
من العرب فولدت اولادا فولاء اولادها لمواليها عند ابي حنيفة رحمه الله قال
رضي الله عنه وهو قول محمد ايضا وقال ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب
الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان عبدا لانه هالك معنى ولهما
ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب
في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب
والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربيا لان انساب
العرب قوية معتبرة في حكم الكفاءة والعقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن
الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب
وقع اتفاقا **قال** في الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى
رجلا ثم ولدت اولادا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي امهم وقال ابو يوسف
رحمه الله موالي ابيهم لان الولاء وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار
كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف
حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو

كان الابوان معتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه
بالنسب او لان النصرة به اكثر **قال** وولاء العتاقة تعصيب وهو احق بالميراث
من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فاعتقه هو اخوك ومولاك
ان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك
وارثا كنت انت عصبته وورث عليه السلام ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصوبة
مع قيام وارث واذا كان عصبة تقدم على ذوي الارحام وهو المروي عن علي
رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من جهة النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات
وهذا لان قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة
بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الرحم **قال** فان كان للمعتق
عصبة من النسب فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق
تأويله اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه
عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى
الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ الباقي فان مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني
المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن
او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره او جر ولاء
معتقهن وصورة الجر قدمناه ولان ثبوت المالكية والقوة في المعتق من
جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب
لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة
لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب
فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا
وابنا فالولاء للابن عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء
للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه اقرب في العصوبة وكذا الولاء لابن المعتقة
حتى يرثه الابن دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من
قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا واولاد ابن آخر يعني بني ابن آخر
فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة
رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وغيرهم ومعنى الكبر القرب على ما قالوا
والصلبي اقرب **فصل** في ولاء الموالاة واذا اسلم رجل على يد رجل

ووالاه على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله
على مولاه فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي رحمه الله الموالاة
ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر ولهذا
لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح
في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة
وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد آخر ووالاه فقال هو احق الناس به محياه
ومماته وهذا يشير الى العقل والارث في الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء
والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق قال فان كان
وارث فهو اولى منه وان كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة
عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر
في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب
لان تناصرهم بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه
الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه
لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل الوكيل
قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة
العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره لانه تعلق به
حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول
ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء
كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر
الادنى والله اعلم

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر
على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره
فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء الاهلية وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره
تحقيق ما توعد به وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره سيان عند تحقق
القدرة والذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان لما ان
المنعة له والقدرة لا تتحقق بدون المنعة فقالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله
ثم كما تشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما هدد به

بان

بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره
على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يؤاجر داره فاكره
على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء
امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله
تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا
فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به
بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه
يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب
وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت
به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى
انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من
اهله مضافا الى محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة
فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه
جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد
وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان
تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد
فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد
وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز
المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد
لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومشايخ سمرقند رحمهم الله جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الاحكام على ما هو
المعتاد للحاجة اليه قال وان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة
الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع
لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكرهه على الهبة ولم يذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ
وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه
على الهبة دون البيع قال واذا قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده

الرد م

في البيع م

ان كان قائما في يده لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير
مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره
ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكأنه دفع مال البائع
الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجع
على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد
شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله
لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث
يجوز ما كان قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل وان اكره على ان يأكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره على
ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه او على
عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم
ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام
المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او على العضو حتى لو خيف على
ذلك بالضرب وغلب على ظنه ذلك يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به
فان صبر حتى اوقعوا به ولم يأكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك
نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يأثم لانه رخصة
اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو
تكلم بالحاصل بعد الثنيا فلا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة
في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب
في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله تعالى او سب
رسول الله بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بأمر يخاف منه على
نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب
الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف على ذلك
وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن فلا اثم عليه لحديث بالايمان م
عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقد قال له رسول الله عليه السلام كيف
وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال فان عادوا فعد وفيه نزل قوله
تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان الآية ولان بهذا الاظهار لا يفوت

الايمان

الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه
قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على
ذلك حتى صلب وسماه رسول الله عليه السلام سيد الشهداء وفي مثله قال هو رفيقي في الجنة ولان
الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان
اكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه
ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت و
لصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا لان المكره م
القبيل وان اكرهه بقتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان
قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة
قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما وقال زفر رحمه الله
يجب على المكره وقال الشافعي يجب عليهما لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة
وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير
لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب
المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة
كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا
الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما
انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بأن
يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم
كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل
الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على
طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في
الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف
فيضاف اليه فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية
انما تجب للتخريج الى الحرية او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد
بالضمان لانه مؤاخذ باتلافه ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول وان لم يكن
في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط

ان جاءت الفرقة من قبلها وانما اكره بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه
الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا
بالطلاق ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا
لان الاكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع
على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر
لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب
له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم
احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل والخلع
من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها لزمها
البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكره على الزنا وجب عليه الحد عند ابي حنيفة
رحمه الله الا ان يكرهه السلطان وقالا لا يحد واذا اكره على الردة لم
تبن امرأته منه لان الردة تتعلق بالاعتقاد الا ترى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان
لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة
قد بنت منك وقال هو قد اظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله
استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل
على التبدل فكان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما
لانه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان
الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقده فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام
حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على
اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه امرأته حكما لا ديانة لانه
اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرنا ولو قال اردت
ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لانه مبتدئ بالكفر هازلا
به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا اكره على الصلوة للصليب وسب
محمد م ففعل وقال نويت به الصلوة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي م بانت منه
قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا عليه السلام وقد خطر بباله الصلوة
لله تعالى وسب غير النبي م بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على
ذلك في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق

والجنون

والجنون فلا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده
ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي
آية اهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته
بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية
فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي يرتقب اهليته فلهذا وقع التفاوت
قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء
اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى
فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد
ركن العقد فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان
كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بيناه
في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر
قلنا نعم اذا وجدنا نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وهنا لم نجد نفاذا لعدم الاهلية
او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون
الافعال لانه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها
موجودة بالشرع والقصد من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات
كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال
والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما
لقوله عم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا
وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم
التوافق بينهما على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته
ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه
احياء لحق المتلف عليه و لان كون الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد
كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القول
على ما بينا قال فاما العبد فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام الاهلية
غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او
كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال وان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال
المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقى على

اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لقوله
عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه
فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ والله اعلم بالحكم

باب الحجر للفساد

وقال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ
السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه
ولا مصلحة وقالا وهو قول الشافعي رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في
ماله لانه مبذر ماله بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا
بالصبي بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا
منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي
حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته
والحاقه بالبهائم وهو اشد ضررا من التبذير فلا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو
كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز (الجاهل م)
فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح القياس على منع المال لان
الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه
نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع
المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد
قال واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه
جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي عليه ولو كان (والمقضي له م)
قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى
القاضي الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله
لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رحمه الله اذا بلغ
الغلام غير رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه
قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس
منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان
علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رحمه الله ان منع المال
عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا الا يرى انه قد يصير جدا في
هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار اثر الصبي وهو في اوائل

البلوغ

البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله لو بلغ
رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبي ثم لا يتأتى التفريع على
قوله فمن يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان (وانما التفريع على قولهما م)
كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب
الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع وينعقد قال
ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر
بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا
عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها
وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما ان
كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من
حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل
لا لنقصان في عقله وكذلك السفيه مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل عنده ان (والعتق م)
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الا الطلاق
كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه عنده واذا صح عندهما
كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه
متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رحمه الله انه لا تجب السعاية
لانه لو وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير
المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب
السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى
في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت
جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية صارت ام ولد له لانه
محتاج الى ذلك لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه (ولد م)
ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع
قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل الاول
لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل
وان تزوج امراة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية
وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر المثل لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل

لانه لا ضرورة فيه وهو الالتزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلغت الزيادة وصار كالمريض
مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة
الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما بينا قال
وتخرج الزكاة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب
نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي
الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يدفع
قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد فيها من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا
معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه ليصرفه لانها ليست
بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه
المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب
يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله قال فان اراد
حجة الاسلام لا يمنع منها لانه واجب عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا
يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا
يتلفها في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا للاختلاف
العلماء في وجوبها بخلاف ما اذا زاد على مرة واحدة في الحج ولا يمنع من القران لانه
لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق
بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنهما لا يجزيه غيرها اذ هي
جزورا وبقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب الخير جاز ذلك
في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف ثناء او ثوابا
وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على
الفاسق اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال
الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل
اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا
فادفعوا اليهم اموالهم وقد اونس منه نوع رشد فيتناوله النكرة المطلقة
ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه
فيما تقدم قال ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة
وهو ان يغبن في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل

فصل في حد البلوغ بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال
اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع
عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة
سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسع عشرة
سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف
وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة
فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض
في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام
اثنتا عشرة سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية
ان البلوغ لا يتأخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي
ثماني عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى
الحكم عليه للتيقن به غير ان الاناث نشوؤهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة
لاشتمالها على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال
واذا راهق الغلام او الجارية الحلم واشكل امره في البلوغ فقال قد بلغت فالقول
قوله واحكامه احكام البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به
ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين قال ابو حنيفة رحمه الله لا احجر في الدين واذا وجبت
ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر عليه لان في الحجر اهدار اهليته
فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه
تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء
لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من
البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له
وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من
البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن المثل فلا يبطل حق الغرماء والمنع
لحقهم فلا يمنع منه قال وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه
بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب

القاضي منه بها في الكتب والعقد قبل البلوغ موجودة والسحق قضاء الدين وليع
ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الكتب والعقد والحبس لقضاء الدين بالاختيار من
الطرق كيف وان منع البيع كان الحبس اضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون
فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا
بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه فللقاضي ان يعينه وان كان دينه
دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه عند ابي حنيفة وهذا
استحسان والقياس ان لا يبيع كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين
ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية فبالنظر الى الصورة
فالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف سلب
عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها
واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم
العقار يبدا بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة
جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية
وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال واذا اقر في حالة
الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن
من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد
مالا اخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال
وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي ارحامه لان حاجته
الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو
تزوج امراة كانت في مقدار مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف
للمفلس مال وطلب غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه
بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض او التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرنا
هذا الفصل بوجوهه في كتاب ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال
وكذلك ان اقام البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة
ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه تحرزا
عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء
الدين بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء

احدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه
من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان
اراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي قال ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم
بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه الا ان
يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق
النظرة الى الميسرة وعند ابي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان
مال الله تعالى غاد ورائح ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الا
ظاهرا فيصلح للدفع لا لابطال الحق في الملازمة وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة
الى ان بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة
وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه اينما
دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجة لا يتبعه بل يجلس على
باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون له موضع خلوة ولو اختار
المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار للطالب لانه ابلغ في حصول المقصود
لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي ان يدخل عليه ضرر بين بان لا يمكنه
من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على
المراة لا يلازمها لما فيه من الخلوة بالاجنبية ولكن يبعث امراة امينة تلازمها قال
ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه
وقال الشافعي رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز
المشتري عن ايفاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد
معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن
تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق
وصف في الذمة اعني الدين وبقبض العين تتحقق مبادلة ولهذا حكمه هذا هو الحقيقة
فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع فيعطى
للعين حكم الدين والله اعلم كتاب المأذون الاذن الاعلام
لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته
لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق
المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى

فلا يحتاج الى اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بالعهدة على
ولهذا لا يقبل التوقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان مأذونا ابدا حتى
يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة
كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي
رحمهما الله ولا فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او لاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا
صحيحا او فاسدا لان كل من يراه يظنه مأذونا له فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن
مأذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى
لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسألة ان
يقول له اذنت لك في التجارة فلا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول
الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع او اشترى
بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من
ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار
كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع
المال اذا لم يكن عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في
الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في
يده يقال للمشتري اد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل
السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء ويملك ان
يتقبل الارض ويستأجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ
الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما فيزرعه في ارضه لانه يقصد به
الربح قال عم الزارع يتاجر ربه وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة
ويأخذها لانه من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله هو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا ان
نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه
ينحجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا ينحجر به ويحصل
المقصود وهو الربح فيملكها قال وان اذن له في نوع منها دون غيره فهو

مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يكون مأذونا الا في ذلك
النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل
وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد
ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على
ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع بخلاف الوكيل
لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع
للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المولى فيه
قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره
بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا به لانسد عليه
باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة كل شهر كذا او قال اد الي
الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالكسب او قال اقعد صباغا
او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد منه وهو نوع فيصير مأذونا في الانواع
كلها قال واقرار المأذون بالغصوب والديون جائز وكذا بالودائع
لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته
ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان
في مرضه تقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب
التجارة لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة ولا يزوج ج
مماليكه وقال ابو يوسف رحمه الله يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه
اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج
العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان
والاب والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال
والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان
المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في
الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض ولا يملك قبض البدل م
لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل
ذلك تبرع بصريحه ابتداء او انتهاء او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة
قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه لانه من ضرورات

التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يتبع

ابو حنيفة و رواية عن ابي يوسف رحمه الله ان المحجور عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه

فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا باس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم

لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا باس للمراة ان تتصدق من منزل زوجها

بالشي اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله ان

يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط انظر له من قبول

المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من

صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بينا وله ان

يوجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع

للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يباع ويباع كسبه في

دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل ما لم يكن لا تفويت ما قد كان

له وذلك في تعليق الدين بكسبه حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة

بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق

بالاذن ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته

استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة

وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا

الوجه يصلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب

لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء

وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفي من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه

المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار

وضمان الغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة

بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق

حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر

الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر

عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من

الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق

بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له وله ان ياخذ غلة مثله بعد

الدين

لانه لو لم تمكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء

لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال فان حجر عليه لم يصر محجورا عليه حتى يظهر الحجر بين اهل

سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس به لتاخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد

بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس

فيه الا رجل او رجلان لم ينحجر ولو بايعوه جاز وان بايعه الذي علم بحجره ومن لم يعرف

ولو حجر عليه في بيته بمحضر من اكثر اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام

ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة ثم يبقى العبد ماذونا

الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم بالعزل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء

الدين من خالص ملكه بعد العتق وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن

شائعا اما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر فيه قال

ولو مات المولى او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه لان الاذن

غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الاصل

فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا

باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد الماذون

صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء

الاذن وكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا ان الاباق حجر دلالة لانه انما

يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان

الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الانتزاع

من يد الغاصب متيسر واذا ولدت الماذونة من مولاها فذلك حجر عليها خلافا

لزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة

فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن

المولى قيمتها ان ركبتها ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع

وبه يقضى حقهم قال واذا استدانت الامة الماذون لها اكثر من قيمتها

فدبرها المولى فهي ماذون لها على حالها لان الاعتياد ما جرى بتحصين

المدبرة ولا منافاة بين حكميهما والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه في ام الولد

قال واذا حجر على الماذون فاقراره جائز فيما في يده من المال عند ابي حنيفة

رحمه الله ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر بدين عليه

فيقضي مما في يده، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز اقراره لهما ان المصحح للاقرار
ان كان هو الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور
غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره بالبيع من
غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح هو اليد ولهذا
لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط
بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته والاقرار دليل تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى
من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة وحكما فلا يبطلها اقراره وكذا ملكه ثابت
في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد
تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره
قبل البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو اعتق
من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته
لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك اعتاقه ووطء الجارية
المأذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للمورث والنظر
في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك المولى ثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى
انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط
بالدين مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فرعه
واذا نفذ عتقه عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن
الدين محيطا بماله جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده لانه
لا يعرى عن قليل دين فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من
الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال وان باع من
المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين يحيط بكسبه
وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي عند ابي حنيفة
لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده
لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته اما
حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقالا اذا باعه بنقصان يجوز البيع ويخير
المولى ان شاء ازال المحاباة وان شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش
سواء ووجه ذلك ان الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم

ثابت ثم

وهذا

وهذا بخلاف البيع من الاجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بازالة المحاباة والمولى
يؤمر بها لان البيع بالغبن اليسير مما يتردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم
المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها
وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز اصلا عنده وفي المولى يجوز
ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على اصله الا باذن المولى
ولا اذن بالمحاباة في البيع من الاجنبي وهو اذن بمباشرته بنفسه غير ان ازالة المحاباة
لحق الغرماء وهذا ان الفرقان على اصلهما قال وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة او اقل
جاز البيع لان المولى اجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا
البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من اخذ الثمن
بعد ان لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فان سلم المبيع اليه قبل قبض
الثمن بطل الثمن لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبقى في
الدين ولا يستوجب المولى على عبده دينا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز
ان يبقى حقه متعلقا بالعين قال وان امسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لان
البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان اخص به من الغرماء وجاز ان يكون للمولى
في الدين اذا كان متعلقا بالعين ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او ينقض
البيع كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال وان اعتق
المولى المأذون له وعليه ديون فعتقه جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته
للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به
بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما اتلفه ضمانا فبقي الباقي
عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف
ما اذا اعتق المدبر وام الولد المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن المولى شيئا
قال فان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان
شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاؤوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى
كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري
بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاؤوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق
لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون وان ضمنوا البائع

بالعين

قيمته ثم رد على الموهوب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان
سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة ثم رد عليه بعيب
كذا هذا ق ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا
البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما
فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا لهم
ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس
لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين
المشتري معناه اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله ومحمد رحمه الله وقال ابو يوسف
رحمه الله المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهب
وسلم وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه مثل
قولهما في مسئلة الشفعة لابي يوسف رحمه الله انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لكل من
ينازعه ولهما ان الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب
ق ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة
لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه دليل الاذن اذ الظاهر
ان المحجور عليه يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات كيلا يضيق الامر
على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في رقبته لانها
خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بينا فان حضر فقال هو
ماذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله
لانه متمسك بالاصل

فصل

واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة
فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي والشراء وهو
رحمه الله لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه
ويملك حجره فلا يكون واليا لما فيه من التنافي وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه
منه اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ههنا ولنا ان التصرف المشروع
صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات
والصبا سبب الحجر لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاء ولايته

لبطلانه

لبطلانه الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق
والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له
قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا
قبل الاذن لكون موقوفا منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة
التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والوصي
والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط
ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان
ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية
نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا
بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر
الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج العبد ولا كتابته كما في العبد والمعتوه
الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون
غيرهم على ما بينا وحكمه حكم الصبي

كتاب الغصب

الغصب في
اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل اللغة وفي
الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى كان استخدام
العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم
فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على
قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع ق ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل
والموزون فهلك في يده فعليه مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت
بينهما وهذا لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم الآية ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية
فكان ادفع للضرر ق فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله
يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد
السبب اذ هو الموجب ولمحمد ان الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة
بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع
ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء القاضي فتعتبر

يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لأنه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد
فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات
المتفاوتة لأنه لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر
بقدر الإمكان أما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر
المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام قائما لقوله
عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده وقال عليه السلام لا يحل لأحد أن يأخذ
متاع أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد
فوتها عليه فيجب إعادتها بالرد إليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص
خلفا لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الأصلي القيمة
ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام والواجب الرد في المكان الذي
غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن فإن ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها
لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببدلها لأن الواجب رد العين والهلاك
بعارض فهو يدعي أمرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس
وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه وإذا علم الهلاك سقط رده فيلزمه
رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لأن الغصب بحقيقته يتحقق فيه
دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل وإذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف
الأول وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك
لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب
على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما أن الغصب إثبات اليد بإزالة
يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لأن يد المالك لا تزول إلا
بإخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي وفي
المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان
هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص منه بفعله أو سكناه
ضمنه في قولهم جميعا لأنه إتلاف والعقار يضمن به كما إذا نقل ترابه لأنه فعل في
العين ويدخل فيما قاله إذا انهدمت الدار بسكناه وعمله ولو غصب دارا و
باعها وسلمها وأقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب

الصحيح قال فإن انتقص بالزراعة يغرم النقصان لأنه أتلف البعض فيأخذ رأس ماله
ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
رحمه الله لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين إن شاء الله تعالى قال
وإذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه وفي أكثر نسخ المختصر وإذا
هلك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهذا لأن العين
دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب وعند العجز عن رده تجب القيمة أو يتقرر
بذلك السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب وإن نقص في يده ضمن النقصان لأنه
دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف
تراجع السعر إذا رد في مكان الغصب لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت
الجزء وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل
لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه
تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا قال ومن غصب
عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال
وهذا عندهما وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف إذا آجر المستعير المستعار
لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمون
يملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في
ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك
المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين
بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول
فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق
وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري
إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب
مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا
قال ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين
جارية فباعها بثلاثة آلاف فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما وأصله أن الغاصب
أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عندهما
خلافا لأبي يوسف وقد مرت الدلائل وجواب الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك

الا قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في حكمه ثم هذا في هبة يتميز
الاشارة الى الاجنبين كالنسبين فقوله في الكتاب اشتريتها اشارة الى ان
الشراء فيما يخالف اذا اشار اليها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها
او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له الربح وكذا
قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد من ان يتأكد بالنقد
ليتحقق الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان
بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى
بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء في قولهم جميعا
لان الربح لا يتبين عند اتحاد الجنس

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب

واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم منافعها زال
ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي
بدلها كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه
سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزول
ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي ان العين باق
فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت
ولا معتبر بفعله لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم
الفعل اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة وسلخها واربها ولنا انه احدث صنعة
متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد
وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا
نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احداث الصنعة بخلاف الشاة
لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع
عليها غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس
ان يكون له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رحمه الله
رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه
او باعه جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها

المقصورة م

بل م

رضاء

المذبوحة الطو

اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب
قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء حسما لمادة
الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى
البدل يباح له لان حق المالك صار مستوفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا
ابراه لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود
الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او
نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رحمه الله يباح الانتفاع فيها قبل
اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من
وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم قال
واذا غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها
عنهما عند ابي حنيفة رحمه الله فياخذها ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه
مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه كسره
وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات
والمضروب يصلح لذلك وله ان العين باق من كل وجه الا ترى ان الاسم باق
ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره و
صلاحيته لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير
متقومة مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى عليها
زال ملك مالكها عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها
والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر فيه ان فيما ذهب اليه اضرارا بالغاصب
بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه مجبور بالقيمة فصار
كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جارية او عبد او ادخل اللوح المغصوب في
سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمهما الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي
الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح
قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها
اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما وهذا ظاهر الرواية
ووجهه انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر
والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة

لانه ينقد فيه م

لانه غير متعد في البناء م

غيره كول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك
من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى
منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه
والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق
خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا
الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه معناه يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب
وضمنه النقصان لانه تعيب من وجه من حيث ان العين باق وكذا بعض المنافع
قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش
ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا
يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل
قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال واذا غصب ارضا
فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم
حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب
لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره
بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس
مقلوعا ويكونان له لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه
قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء
وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال
ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما وغرم ما زاد
الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب
بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق
لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب
لكونه صاحب الاصل بخلاف الساحة بنى فيها لان النقض له بعد النقض
فيتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ
ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رحمه الله في اصل المسئلة وان
شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لان

له

له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع ويثبت
هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق
من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في
الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل
المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وقيل ان
كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة
وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين
درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب يزيد فيه
الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احد الخمسين
جبرت بالصبغ فصل ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها
وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا يصلح
سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل كاملا والمبدل قابل للنقل من ملك
الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد
ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن قال والقول في القيمة قول الغاصب
مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه
الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة قال فان ظهرت
العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او بنكول
الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك بسبب
اتصل به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه بقول
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين
ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها
لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير
فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي انه لا خيار له
لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لفوات الرضا قال وان غصب
عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه
لان ملك الغاصب فيه ناقص لثبوته مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب

والقول له

دون الأولاد وإن نقص كيل لعقود البيع دون العتق كذلك لما بينا قال وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فيمنعها إياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا أن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على الولد لا يزيلها إذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا إذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أتلفه أو ذبحه وأكله أو باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها إذا هلك قبل التمكن من الإرسال لعدم المنع وإنما يضمنه إذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا رحمهم الله ولو أطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالإعانة والإشارة فلأن يجب بما هو فوقها وهو إثبات اليد على مستحق الأمن أولى وأحرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فإن كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر رحمه الله والشافعي لا ينجبر النقصان بالولد لأن الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما إذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاء وصار كما إذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة أو العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما إذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت أو سقطت ثنيتها ثم نبتت أو قطع يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداه مع العبد يحتسب عن نقصان القطع وولد الظبية ممنوع وكذا إذا ماتت الأم وتخريج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الأم إذ الولادة لا تفضي إليه غالبا وبخلاف ما إذا مات الولد قبل الرد لأنه لا بد من رد أصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء لا يعد زيادة لأنه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لأن سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فزنى بها ثم ردها وهي حامل فماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم

على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة

علقت

علقت ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الأمة أيضا لأن الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما إذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت أو زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله أنه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي أخذه فلم يصح الرد كما إذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك أو دفعت بها بأن كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لأنها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه إلا أن ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رحمه الله يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما إذا عطلها أو سكنها وقال مالك إن سكنها يجب أجر المثل وإن عطلها لا شيء عليه له أن المنافع أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في إمكانه إذ هي لم تكن حادثة في يد المالك لأنها أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه كيف وأنه لا يتحقق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء لها ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد إلا أن ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

وإذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتهما وإن أتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا يضمنهما للذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلفهما ذمي على ذمي أو باعهما الذمي من الذمي له أنه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين

بحق لها الا انه يجب قيمة الخمر وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع
عن تملكها فيكون اعزازا لها بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع
عن تمليك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربوا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد
يكون لذمي لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف
متروك التسمية اذا كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال فان غصب
مسلم خمرا فخللها او جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان ياخذ الخل بغير شيء وياخذ جلد الميتة
ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى
الظل ومنه الى الشمس وبالفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك والفرق
ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به وبهذا
الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا ياخذ
الخل بغير شيء وياخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته ذكيا
غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفي
حقه كحق الحبس في المبيع قال وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو كان في هذه الصورة الا
ان الخل فلانه لما بقي على ملك المالك وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف ويجب مثله لان الخل
من ذوات الامثال واما الجلد فلانه باق على ملك المالك حتى كان له ان ياخذه
وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب
ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه ولانه واجب الرد
فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار [illegible] وقولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس واما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ
منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل بصنع
الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى يستوفي
ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع له في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة
غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه
يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف
الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة
ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل

ليس

ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف الثوب لان له قيمة وقيل ليس له ذلك عند ابي
حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك
وهو على هذا الخلاف على ما بينا ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه
كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب
والشمس فهو للمالك بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب النجس ولو استهلكه الغاصب
يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة تابع للجلد فلا يفرد
عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا
عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى
ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعنى هذا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان
اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكه لا يضمنه عند
ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كما في دبغ الجلد وان خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد رحمه الله
ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم
وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه
خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله هو للغاصب
في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك
لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رحمه الله انه لا يضمنه بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا و
في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ رحمهم الله اجروا جواب الكتاب على
اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا
في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد اثبتناها في كفاية المنتهى قال ومن
كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن
وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل
الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه
في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم
للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى
طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في التضمين والبيع ولهما ان هذه الاشياء
اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر الشرع فلا
يضمنه كما اذا فعل باذن الامام وله انها اموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع

هو الذي حققه فخر الاسلام بمجرد وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة [illegible]

وتضمينه م

وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب
سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان على المالية والتقوم والامر بالمعروف
باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في
الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي تجب
قيمته غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وفي السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل
لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على
نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت
في يده ضمن قيمة المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن قيمتهما
لان مالية المدبرة ~~ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة~~ متقومة بالاتفاق
ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع **قال** الشفعة واجبة للخليط
في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة
لشريك لم يقاسم ولقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له وان كان
غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق بشفعته وقال الشافعي لا شفعة
بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير
رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه
في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل اتصال تأبيد
وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا بمورد الشرع
وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة
المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصل اولى لان الضرر في حقه بازعاجه
عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره واما
الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك احق من الخليط والخليط احق من الشفيع فالشريك في
نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع
اقوى لانه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح

يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا **قال**
وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا
انه مقدم **قال** فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها
الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار
المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رحمه الله ان مع وجود الشريك في
الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر ان السبب
تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين
الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منه كما في منزل معين من
الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار
في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة
ثم لا بد من ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه
فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن
وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله
النهر الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلثة وما زاد على ذلك فهو عام
فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فبيعت
دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا
فلاهل السكتين ولو كان نهر صغير يأخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق
فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة ولكنه شفيع
جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار
الا انه جار ملازق **قال** والشريك في الخشبة التي تكون على حائط الدار
جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر
اختلاف الاملاك وقال الشافعي رحمه الله هي على مقادير الانصباء لان الشفعة من
مرافق الملك الا يرى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة ولنا
انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق الا
يرى انه لو انفرد واحد منهم يستحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة
الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح بقوة الدليل لا بكثرته ولا قوة ههنا
لظهور الاخرى بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة

الملازق

والمعنى ما ذكرناه في كتاب ادب القاضي

واستيفاؤها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص
للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا يقضى
بها بين الحضور على عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع
ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية
ولو سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء قال
والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على
ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البائع عن ملك الدار والبيع
يعرفها ولهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع اذا اقر البائع بالبيع
وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه
حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون
اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال
وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها الحاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع لان الملك
الا بالتراضي او بقضاء القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات
الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة
قبل حكم الحاكم او تسليم الخصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وتبطل الشفعة
في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع
بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه ان شاء الله تعالى

باب طلب الشفعة والخصومة فيها قال واذا علم الشفيع بالبيع
اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة
وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام
الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرأ الكتاب
الى آخره بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية
عن محمد رحمه الله وعنه ان له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية
اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في المخيرة
ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله
لا تبطل الشفعة لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب

منه

لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على اعراضه وكذا اذا
قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة
بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب
المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى
ما اختاره الكرخي رحمه الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت
الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار
لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا
او امرأة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه
بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه
الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في عند ابي حنيفة الخ
الخصم والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على
ما ذكرنا ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج
بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني
من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده معناه اذا لم يسلم الى المشتري
او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل
واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند
المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من
ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان
يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها
الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط تسمية المبيع وتحديده
لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك وسنذكر
كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة رحمه الله
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله ان تركها بعد الاشهاد بطلت
وهو قول زفر رحمه الله معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا ترك
المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه
ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رحمه الله انه لو

لم يسقط بتأخير الخصومة ابدا بعذر المشتري لانه لا يمكنه التفرق عنه وقعوده عن حقه الشفيع فعذرنا بالشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح به كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لو لم يكن في البلدة قاض لم تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال مشايخنا ينبغي ان يسأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها الآن تم دعواه على ما قاله الخصاف رحمه الله وذكر في النوادر يشترط تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا وقد ذكر في الكتاب الرسوم التجنيس والمزيد قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سأل القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاستحلاف بتوفيق الله تعالى انه يحلف على البتات لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره

حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال وان احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كأنه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البائع وكيلا للغائب فللشفيع ان يأخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذلك اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء الا يرى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط

بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا يملك إسقاطه

فصل في الاختلاف

قال: وإذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لأن الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الأقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لأن الشفيع إن كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والأخذ ولا نص ههنا فلا يتحالفان ولو أقاما البينة فالبينة للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله البينة بينة المشتري لأنها أكثر إثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما أنه لا تنافي بينهما فيجعل كأن الموجود بيعان وللشفيع أن يأخذ بأيهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لأنه لا يتوالى بينهما عقدان إلا بانفساخ الأول وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج لبينة الوكيل لأنه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وأنها ممنوعة على ما روي عن محمد رحمه الله وأما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم فلنا أن نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك إلا بفسخ الأول أما ههنا فبخلافه ولأن بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للإلزام. قال: وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين إن شاء الله تعالى ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت المطالبة به فيأخذ الشفيع بقوله ولو ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع الأكثر يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا فسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع. قال: وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق

الشفيع

الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله لأن بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

فصل

قال: وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأن الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعدما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع. وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة الشفيع لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا. قال: ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنهما من ذوات الأمثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الإتلاف والعددي المتقارب من ذوات الأمثال وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته. قال: وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل. وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لأن كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والأخذ بالشفعة به فيأخذه بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الأجل وصف الثمن لأنه حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن فصار كما إذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الأجل إلا بالذكر كذا ههنا ثم إن أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وإن أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان لأن الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجبه وصار كما إذا باعه بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وإن اختار الانتظار له ذلك لأن له أن لا يلتزم

زيادة الضرر من حيث النقد وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل اراد
الصبر عن الاخذ اما الطلب فعليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لقول ابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع
والاخذ يتراخى عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط
الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير دارا وشفيعها ذمي
اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم
المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي
الثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان
كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل
الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر
وبالاسلام يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشترى بكر من رطب فحضر الشفيع بعد
انقطاعه ياخذ بقيمة الرطب كذا هذا فصل واذا بنى المشتري فيها او غرس
ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس
وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ
بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له
ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رحمه الله انه محق في البناء لانه بناه على ان
الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء
فاسدا وكما اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة
دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق
به حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون
وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره
من تصرفاته بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط
من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء
وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا
وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه
بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس

ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس
لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري
مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من
المشتري لانه مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف
شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء والغرس
تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصيرا مقصودا ولهذا جاز
بيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصفها حيث ياخذ الباقي بحصته
لان الفائت بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار
بماله قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها
وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول
لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم
يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه
اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي
القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا ترى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه
المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في
الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع قال وكذلك ان ابتاعها وليس في
النخيل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه
على ما عرف في ولد المبيعة قال وان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر
في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا
ياخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه
وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما
في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند
العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب قال الشفعة واجبة في العقار وان كان
مما لا يقسم وقال الشافعي رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما وجبت دفعا
لضرر مؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار

أو ربع إلى غير ذلك من الصور ولأن الشفعة سببها الاتصال في الملك والحكمة
دفع ضرر سوء الجوار على ما قررناه وإنه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى
والبئر والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة إلا في
ربع أو حائط وهو حجة على مالك في إيجابها في السفن ولأن الشفعة إنما وجبت لدفع
ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار
فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر لا شفعة في البناء والنخل إذا بيعت دون العرصة
وهو صحيح مذكور في الأصل لأنه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث
يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل إذا لم يكن طريق العلو فيه لأنه
بما له من حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء للعمومات
ولأنهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه
الذكر والأنثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد إذا كان مأذونا
أو مكاتبا قال وإذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لأنه
أمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة
أو قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها أو يخالع
المرأة بها أو يستأجر بها دارا أو غيرها أو يصالح بها عن دم عمد أو يعتق عليها
عبدا لأن الشفعة عندنا إنما تجب في مبادلة المال بالمال لما بيناه وهذه
الأعواض ليست بأموال فإيجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب
الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لأن هذه الأعواض متقومة عنده
فأمكن الأخذ بقيمتها إن تعذر بمثلها كما في البيع بالعروض بخلاف الهبة لأنه لا عوض
فيها أصلا وقول الشافعي رحمه الله يتأتى فيما إذا جعل شقصا من دار مهرا أو ما يضاهيه
لأنه لا شفعة عنده إلا فيه ونحن نقول إن تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها
بعقد الإجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لأن
القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا
إذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لأنه بمنزلة المفروض في العقد في
كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما إذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لأنه مبادلة مال بمال
ولو تزوج على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أبي
حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الألف لأنه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى

البيع

البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الأصل
فكذا في التبع ولأن الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى أن المضارب
إذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه
قال أو يصالح عليها بإنكار فإن صالح عليها بإقرار وجبت الشفعة قال
رضي الله عنه وذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بإنكار مكان قوله
عليها لأنه إذا صالح عنها بإنكار بقي الدار في يده فهو يزعم أنها لم تزل عن ملكه وكذا
إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب
خصمه كما إذا أنكر صريحا بخلاف ما إذا صالح عنها بإقرار لأنه معترف بالملك للمدعي
وإنما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية أما إذا صالح عليها بإقرار أو سكوت
أو إنكار وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضا عن حقه في زعمه إذا لم
يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا إلا أن يكون بعوض
مشروط لأنه بيع انتهاء ولا بد من القبض ولا أن يكون الموهوب ولا العوض
شائعا لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن
العوض مشروطا في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقة إلا أنه أثيب منها
فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لأنه يمنع زوال
الملك عن البائع فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة لأنه زال المانع عن الزوال
ويشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لأن البيع يصير سببا لزوال
الملك عند ذلك وإن اشتراها بشرط الخيار وجبت الشفعة لأنه لا يمنع زوال
الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر وإذا أخذها في الثلث
وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه يثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع وإن بيعت دار إلى جنبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما
البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا إذا كان للمشتري وفيه إشكال
أوضحناه في البيوع فلا نعيده وإذا أخذها كان إجازة منه للبيع بخلاف ما
إذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لأن خيار
الرؤية لا يبطل بصريح الإبطال فكيف بدلالته ثم إذا حضر شفيع الدار الأولى له
أن يأخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الأولى حين بيعت الثانية قال
ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع

وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار احق به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذ بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع الملك عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة (لان القسمة)

قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء وصوابه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا يصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيتعلق بما يتعلق تمامه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت شفعته ورد العوض لان حق الشفعة

ليس بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال المخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي الاخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال الشافعي رحمه الله تورث عنه قال رضي الله عنه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولان بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حياته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم به وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع

انها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم انها بيعت بأقل او بحنطة او شعير قيمتها ألف او اكثر
فتسليمه باطل وله الشفعة لانه سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر الجنس
الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل كيلي او موزون او
عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته ألف او اكثر لان الواجب
فيه القيمة وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة
له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس
متحد في حق الثمنية **قال** واذا قيل له ان المشتري فلان فسلم الشفعة
ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم ان المشتري هو مع غيره
فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف
فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي
العكس لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل**
واذا باع دارا الا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له
لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه
لما بينا **قال** وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في
السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني
شريك فيتقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي
بالباقي وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون
الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة
اخرى تعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا
انه اذا استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني
فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل
الصرف فيجب رد الدينار لا غير ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف
وعند محمد تكره لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه
ولابي يوسف رحمه الله انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة
في اسقاط الزكاة **مسائل متفرقة** واذا اشترى خمسة نفر دارا
من رجل فللشفيع ان يأخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها
كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني بأخذ البعض يتفرق الصفقة على المشتري

فيتضرر

فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة
ولا فرق في هذا بين ما اذا كان قبل القبض او بعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا
يأخذ نصيب احدهم اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق
اليد على البائع بمنزلة احد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع
وهو سواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق
الصفقة لا للثمن وهنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى **قال** وان اشترى نصف
دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري او يدع لان القسمة
من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع
لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو
من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي
لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة
من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه
وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ النصف الذي
صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك
ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يأخذه اذا وقع في جانب الدار
التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في جانب الآخر **قال** ومن باع دارا
وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه
الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فنزل منزلة الشراء وهذا لانه يفيده
لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة
لمن بيع له **قال** وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا
وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبها وعلى هذا الخلاف
تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله
انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع ضرر
فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من
اوجب بيعا للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر
وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه وسكوتهما كا

ولو اشتراه فلمولاه الشفعة لانه يشتريه لمولاه

كونه دليل الإعراض وهذا إذا بيعت بشرط فإن بيعت بكراً من غير ثمن فلا شفعة لأن
الناس فيه قيل جاز التسليم بالإجماع لأنه تحقق نظراً وقيل لا يصح لأن الحق لا
لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم كالأجنبي وإن بيعت بأكثر من قيمتها
عن أبي حنيفة أنه لا يصح التسليم منهما والرواية عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم

كتاب القسمة

القسمة في الأعيان المشتركة مشروعة لأن النبي عليه السلام باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لأن ما يجتمع لأحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو يأخذه عوضاً عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وإفرازاً والإفراز هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتراه فله أن يبيعه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لأحدهما أن يأخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه لا يبيع أحدهما مرابحة بعد القسمة إلا أنها إذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة عند طلب أحد الشركاء لأن فيه معنى الإفراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إجابته وإن كانت أجناساً مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم

قال وينبغي للقاضي أن ينصب قاسماً يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر لأن القسمة من جنس عمل القضاء من حيث إنه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولأن منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرماً بالغنم

قال فإن لم يفعل نصب قاسماً يقسم بالأجر معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ويجب أن يكون عدلاً مأموناً عالماً بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وذلك بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود ولو

تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز إلا إذا كان فيهم صغير فيحتاج إلى أمر القاضي لأنه لا ولاية لهم عليه

قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الأجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل واحد منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر

قال وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الأنصباء لأنه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك ولأبي حنيفة أن الأجر مقابل بالتمييز وإنه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن إن كان للقسمة قيل هو على الخلاف وإن لم يكن للقسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر لو أطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع

قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة وادعوا أنهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا أنه ميراث قسمه في قولهم جميعاً وإن ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه بينهم لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا بينة إلا على المنكر فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة وإذا كانت قضاء على الميت فالإقرار ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لأن بعض الورثة ينتصب خصماً عن المورث ولا يمتنع ذلك بالإقرار كما في الوارث أو الوصي المقر بالدين فإنه تقبل البينة عليه مع إقراره بخلاف المنقول لأن في القسمة نظراً للحاجة إلى الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه ولأن المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لأن المبيع لا يبقى على ملك البائع وإن لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغير وإن ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم

فقسم بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال م
وهذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان واقاما البينة
انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان يكون
لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة
الحفظ في العقار غير محتاج اليها وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز
واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهما ومعهما
وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب
وكذلك لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان فيه
نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا
خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث
ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشراء المورث بالعيب م
فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة
قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب
على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في
يد الوارث الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان
في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من غير خصم
حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير خصم لا يجوز
ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور
الخصمين لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف
ما اذا كان الحاضر اثنين لما بينا ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن
الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث
فيها فطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير
عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه
مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد من
الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند
طلب احدهم على ما بينا من قبل وان كان ينتفع احدهم والآخر يستضر لقلة نصيبه

فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول ينتفع به
فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب
الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد في مختصره
ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج فيما ذكرناه والاصح المذكور في
الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان
الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما
وهما اعرف بشأنهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض اذا
كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل
في القسمة والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين
الجنسين فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي
ويقسم القاضي كل موزون ومكيل كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة
وبعيرا او برذونا وحمارا ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت بالاجناس
المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا
واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلفت
قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب
وثلاثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو
حنيفة رحمه الله لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس
كما في الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت المعاني
الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد
الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد
بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها
وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس
لا يقسم كاللآلي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر
افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع
عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة

قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى الشركاء وكذا الحائط بين
الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا انتفاعا
مقصودا فلا يقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور
مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان
الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة
لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى
اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران
والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا
لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح التسمية كما هو الحكم فيهما
في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة
ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه تقييد الوضع في الكتاب
اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عنده
وهو رواية هلال رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة
او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت فيما بينها يسير والمنازل المتلازقة
كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ
شبها من كل واحد قال وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم واحد منهم
كل واحد منها على حدته لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار
والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة
منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة
روايتان او تبنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة

فصل

في كيفية القسمة قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله
يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه
ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه
وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب الآخر تعلق فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى
القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على
هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم

الثاني

الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها
اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في
كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه
بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله ان شاء الله
تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير
اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل في القسمة الدراهم الا
بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل
في القسمة لان احدهما يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له
وان كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه
لا يمكن اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة
لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من كان نصيبه
اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ
لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله
انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن
تحقيق التسوية بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم
لان الضرورة في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية
الاصل قال فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط
في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق ويسيل
في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت
القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فيستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد
في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع
في الحال اما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق
في الوجه الاول فكذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام
ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف
الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر
فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع
وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان

القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص عليه وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر ولو ذكر في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار الطريق جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي قال واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد رحمه الله وقالا يقسم بالذراع لمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هو الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة والفتوى على قول محمد رحمه الله وقوله لا يفتقر الى التفسير

وتفسير قول ابي حنيفة رحمه الله في مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة وثلاثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ويجعل من البيت الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لانه نصف العلو فيجعل بمقابلته مثله وتفسير قول ابي يوسف رحمه الله ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا وبه اخذ الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسم القاضي وغيره سواء لمحمد رحمه الله انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة الى انفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال وان ادعى احدهم الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا بحجة

فان لم تقم لهم بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي
فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما
قال رضي الله عنه ينبغي ان لاتقبل دعواه اصلا لتناقضه والية اشار من بعد
وان قال قد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي
عليه الغصب وهو منكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم يسلمه الي ولم يشهد
على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف في مقدار
ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف
فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في
البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن
فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى
احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما
قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج ترجح على
بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وترادا وكذا اذا
اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما
بينا وان قامت لاحدهما بينة يقضى لها وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في
البيع **فصل** واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند ابي
حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف رحمه الله تفسخ القسمة قال
رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار والصحيح
ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما فاما في
استحقاق بعض بعينه لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل
تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد رحمه الله وذكره ابو سليمان
مع قول ابي يوسف رحمهما الله وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف
ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة
كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لان باستحقاق جزء شائع ينعدم
معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا
بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب
احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم

مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما وبين ثالث لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار
كاستحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر
الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين اما ههنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة
اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء
ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان
شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف
ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل
ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر
عندهما لما ذكرنا وسقط خياره ببيع البعض وعند ابي يوسف ما في يد
صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب
فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فينفذ البيع فيه وهو مضمون
بالقيمة فيضمن نصف نصيبه لصاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في
التركة دين محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان
غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما بقي بالدين وراء
ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابراه الغرماء بعد القسمة
او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع
قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ
الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان
لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم مشتركا
فصل في المهايأة المهايأة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ قد
يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري
في القسمة الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع في زمان
واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة
والآخر المهايأة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه ابلغ ولا يبطل التهايؤ بموت
احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة

بقي به

اليه

في التعقيب ثم الاستيفاء ولو تهايآ في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا
طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة
والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه
التوقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط
لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما
وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد تكون من
حيث المكان والاول متعين ههنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في
محل يحتملهما يامرهما القاضي ان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان
اكمل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان
يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد
والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي
وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا
روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان
المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا
فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه جاز استحسانا
للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يتسامح فيها ولو تهايآ
في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه وهذا عندهما
ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا
بالقسمة وعن ابي حنيفة انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه
بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لانه بيع بعض احدهما ببعض الاخر جائز
وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر
افرازا اما يكثر التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز التهايؤ
على الركوب عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بالقسمة الاعيان وله
ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق والتهايؤ
في الركوب في دابة واحدة على هذا الاختلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه
يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايؤ في
الاستغلال فيجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة

الواحدة

الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت
في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه
فتفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان
في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع فلا تضره زيادة
الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز ايضا في ظاهر
الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة
والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار
الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر القرض وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه
فلهذا يرد عليه حصته من الفضل وكذلك يجوز في العبدين عندهما بالتهايؤ في
المنافع ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة
في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو التسامح في الخدمة والاستقصاء
في الاستغلال فلا يتقاسمان ولا يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه
في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم بين اثنين فتهايآ على ان ياخذ كل
واحد منهما طائفة يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها لا يجوز لان المهاياة
في المنافع ضرورة انها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها
القسمة عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الاخر ثم يشتري كلها بعد مضي
نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع
جائز والله اعلم **كتاب المزارعة** قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث
والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة هي عقد
على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عنده وقالا هي جائزة لما روي ان
النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد شركة بين
المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد
لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما
بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك
للعمل في تحصيلها فلا تتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي
المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر

فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع صح

اعتبارا

[illegible] في الدار الواحدة [illegible] في نوبة احدهما [illegible]

مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عم اهل خيبر كان خراج مقاسمة
بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض وكربها ولم يخرج
شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا اذا كان البذر من قبل
صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه اجر مثل الارض والخارج في
الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه وللآخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى
على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل
كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها
كون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه والثاني ان
يكون رب الارض والمزارع من اهل العقد وهو لا يختص به لانه عقد ما لا يصح الا من
الاهل والثالث بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة
هي المعيار لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود
عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر
من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا
بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل حتى لو شرط عمل رب
الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله لانه
ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان
جنس البذر ليصير الاجر معلوما قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان
كانت الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة لان البقر
آلة العمل فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط بابرة الخياط وان كانت الارض
لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لانه استئجار للارض ببعض
معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استاجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض
والبذر والبقر لواحد والعمل لآخر جازت لانه استاجره للعمل بآلة المستاجر
فصار كما اذا استاجر خياطا ليخيط ثوبه بابرته او طيانا ليطين بمره وان كانت
الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر
عليه فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها يحصل بها النماء

ومنفعة

فتعذر

ومنفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا
ان تجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة
العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر لاحدهما والارض
والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه تتم شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع
والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد
فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا
بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا
للبذر قابضا له لاتصاله بارضه قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة
لما بينا وان يكون الخارج بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا
مسماة فهي باطلة لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر
وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا لو شرطا ان يرفع
صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة
في بعض معين او في جميعه ان لم تخرج الا قدر البذر وصار كما اذا شرطا رفع الخراج
والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف ما اذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه معين مشاع فلا يؤدي
الى قطع الشركة كما اذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية قال
وكذلك ان شرطا ما على الماذيانات والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا
شرط لاحدهما زرع موضع معين افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من
ذلك الموضع وعلى هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر
ما يخرج من ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى ان تصيبه
آفة فلا ينعقد الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما
بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين
ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب
البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت
عنه وقال مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه
المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرطا الحب نصفين
والتبن لصاحب البذر صحت لانه حكم العقد وان شرطا التبن للآخر فسدت

لانه شرط يؤدي الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال وإذا صحت المزارعة فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه وإن كان البذر من قبل رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فتجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان البذر من قبل العامل فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره واذا امتنع الذي ليس من قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر يفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم اما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك واذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه في الاجارات فلو كان دفعها في ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وتنقض المزارعة

لانه تبين انه نماء ملكه واستحقاق الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر [illegible] الاعدم

فيما بقي من السنتين لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل كما نبينه ان شاء الله تعالى واذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض فاحتاج الى بيعها فباعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما يتقوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض مخير بين هذه الخيارات لان بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا و

على الحصادات الثلث على ما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس
والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم
ليس يختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام
في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى
مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه
وفيه منفعة لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز
اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ
قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا فالحاصل ان ما كان من عمل قبل
الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما
في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس واشباههما على ما بيناه وما كان بعد القسمة
فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ
فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجذاذ
على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه
مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع
لعدم العرف فيه ولو اراد فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب
فذلك عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار كما بعد
الادراك والله اعلم **كتاب المساقاة** قال ابو حنيفة رحمه الله
المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا هي جائزة اذا ذكر مدة معلومة وسمى
جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة
وقال الشافعي رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة
لان الاصل في هذا المضاربة والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة
دون الاصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرطا
رفعه من راس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة تبعا لها كالشرب
في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيها لانها اجارة
معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين المدة يجوز ويقع على اول
ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن
وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية

معلومة

معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا
وصيفا وربيعا والانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا
قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي
وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما اذا دفع نخيلا او اصول رطبة على ان
يقوم عليها او يسقيها الى ان يذهب اصلها وينقطع نباتها او اطلق في الرطبة حيث
تفسد المعاملة لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض
فجهلت المدة ويشترط تسمية الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة اذ شرط جزء معين
يقطع الشركة وان سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا تخرج الثمرة فيها فسدت
المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها
وقد يتاخر عنها جازت لانا لا نتيقن لفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى
فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطا
في المدة المسماة فصار كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا
لم يخرج اصلا لان الذهاب بافة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا فلا شيء
لكل واحد منهما على صاحبه قال وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم
والرطاب واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا تجوز الا في
النخل والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز للحاجة
وقد عمت واثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ايضا ولو
كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة سيما على اصله وليس لصاحب
الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وكذا
ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر على
ما قدمناه قال فان دفع نخلا فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وان كانت
قد انتهت لم يجز وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك
لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل ولا اثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو
جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق
الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في معنى
الاجارة الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة
بالموت لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج

بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن
كره ذلك ورثة رب الأرض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر
ولو التزم العامل الضرر تخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين
أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك
في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة
ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض لأن فيه النظر
من الجانبين وإن أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الأرض بين الخيارات
الثلث التي بينا ولو ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة
في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار
فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض
على ما وصفنا وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول سواء
وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استئجاره
بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل
ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة (لما بينا م)
على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل
انتهائها **قال** وتفسخ بالأعذار لما بينا في الإجارات وقد بينا وجوه العذر (المساقاة م)
فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقا يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك
لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلتزمه فتفسخ به ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه
عن العمل لأن في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذرا
ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل إحداهما أن
يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته ومن دفع أرضا بيضاء إلى رجل سنين
معلومة يغرس فيها شجرا على أن تكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس
نصفين لم يجز ذلك لاشتراطه الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة لا بعمله
وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه في
معنى قفيز الطحان إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد
وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في
قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى

وهذا

وهذا والله أعلم بالصواب **كتاب الذبائح** الذكاة شرط حل
الذبيحة لقوله تعالى إلا ما ذكيتم ولأن به يتميز الدم من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل (النجس م)
يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبئ عنه ومنه قوله عليه السلام ذكاة
الأرض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية وهي
الجرح في أي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الأول لأنه لا يصار
إليه إلا عند العجز عن الأول وهذا آية البدلية وهذا لأن الأول أعمل في إخراج
الدم والثاني أقصر فيه فاكتفي به عند العجز عن الأول إذ التكليف بحسب الوسع
ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة التوحيد إما اعتقادا كالمسلم أو دعوى
كالكتابي وأن يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه إن شاء الله **قال** وذبيحة المسلم
والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم
ويحل إذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وإن كان صبيا أو مجنونا أو
امرأة أما إذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لأن التسمية
على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والأقلف
والمختون سواء لما ذكرنا وإطلاق الكتابي ينتظم الكتابي والذمي والحربي و
العربي والتغلبي لأن الشرط قيام الملة على ما مر **قال** ولا تؤكل ذبيحة (ولا يؤكل م)
المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي
ذبائحهم ولأنه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى **قال**
والمرتد لأنه لا ملة له فإنه لا يقر على ما انتقل إليه بخلاف الكتابي إذا تحول إلى غير
دينه لأنه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله **قال** والوثني لأنه
لا يعتقد الملة **قال** والمحرم يعني من الصيد وكذلك لا يؤكل ما ذبح في الحرم
من الصيد والإطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم والذبح يستوي فيه الحلال (في الحرم م)
والمحرم وهذا لأن الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف
ما إذا ذبح المحرم غير الصيد أو ذبح في الحرم غير الصيد لأنه فعل مشروع إذ الحرم
لا يؤمن الشاة وكذا ذبحه لا يحرم على المحرم **قال** وإذا ترك الذابح التسمية
عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وإن تركها ناسيا أكل وقال الشافعي رحمه الله أكل
في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في
ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف إذا ترك التسمية عند إرسال البازي

والحجة عند الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان
قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن
مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف متروك
التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا لا يسع
فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع وقوله لم
المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل
لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله
عليه الآية وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن
حاتم الطائي رضي الله عنه فانه عم قال في آخره فانما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا فصل فيه
ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج
مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع
الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها
في حق العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة الاختيار
تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي
وهي على الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال
دون الاصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح
غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال
ولو اضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى
بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره وان يقول
عند الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا
لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله
محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود
القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان يذكر موصولا على وجه العطف
والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله
ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالث ان يقول

مفصولا

مفصولا عن صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او
بعده لا بأس لما روي عن النبي عم انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد
ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال
ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء
وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال
الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى
فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير
لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عم الذكاة
بين اللبة واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل به الفعل بانهار الدم على ابلغ
الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكاة اربعة الحلقوم
والمرئ والودجان لقوله عم افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث
فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ
الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه
وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الاكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا
ان قطعها حل الاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد
من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري
الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا ان هذا قول ابي يوسف وحده
وقال في الجامع الصغير فان قطع نصف الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل
وان قطع الاكثر من الاوداج والحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحك خلافا و
اختلفت الرواية فيه والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلث اي ثلث
كان يحل وبه كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رحمه الله انه يعتبر
اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة لان كل فرد منها اصل بنفسه لانفصاله
عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود
من قطع الودجين انهار الدم فينوب احدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم
اما الحلقوم فيخالف المرئ فانه مجرى العلف والماء والمرئ مجرى النفس فلا بد من قطعهما
ولابي حنيفة ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد

قطع الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج
الروح لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى به
تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم
يقطع شيء احتياطا كما بيناه قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن
إذا كان منزوعا حتى لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح وقال الشافعي
المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن
فإنهما مدى الحبشة ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله
عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الأوداج بما شئت وما رواه محمول
على غير المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون كذلك ولأنه آلة جارحة فيحصل
ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل
بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه
إضرارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالإحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة
وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم فإن المذبوح بهما ميتة لما
بينا نص محمد رحمه الله في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نص وإنما يجد فيه
بحثا دون ذلك فيقول في الحل لا بأس به وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل قال
ويستحب أن يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام إن الله كتب الإحسان على كل شيء
فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح
ذبيحته ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة
وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها
قال ومن بلغ بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته
وفي بعض النسخ قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة
فلما روي عن النبي عليه السلام أنه نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل
معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من
الاضطراب وكل ذلك مكروه والمعنى في جميع ذلك وفي قطع الرأس
زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة
ألم لا يحتاج إليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح وأن
تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره

النخع

النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح أو بعده
فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته قال فإن ذبح الشاة من قفاها
فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره لأن فيه زيادة
الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وإن ماتت قبل قطع العروق
لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها قال وما استأنس من الصيد فذكاته
الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه
عند العجز عن ذكاة الاختيار والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول
وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رحمه الله
لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ولكنا نقول المعتبر حقيقة
العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل كيف وإنا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي
الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد رحمه الله أن الشاة إذا ندت في الصحراء
فذكاتها العقر وإن ندت في المصر لا يحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها
في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء في البعير والبقر لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا
يقدر على أخذهما وإن ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند إذا كان لا يقدر
على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله قال والمستحب
في الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره أما الاستحباب لموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع
العروق فيها في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره
فلا يمنع الجواز والأكل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله أنه لا يحل قال ومن نحر ناقة
أو ذبح بقرة أو شاة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر
وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والحسن بن زياد وقالا إذا تم خلقه أكل
وهو قول الشافعي لقوله عليه السلام ذكاة الجنين ذكاة أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة
لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا
حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها وإذا كان جزءا
منها فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد ولأنه أصل في
الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك تفرد بالذكاة ولهذا انفرد
بإيجاب الغرة ويعتق بإعتاق مضاف إليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي
وما هو المقصود من الذكاة وهو الميز بين الدم واللحم لا يحصل بجرح الأم إذ هو

والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما جاز ويكره

ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروج الدم
ناقص فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما دخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد
باستثنائه وانه يعتق باعتاقها لئلا ينفصل من الحرة ولد رقيق **فصل**
فيما يحل اكله وما لا يحل **قال** ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب
من الطيور لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع و
قوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم
لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله
اعلم كرامة بني آدم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل
فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره
واليربوع وابن عرس من السباع الهوام وكرهوا اكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان
الجيف **قال** ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير
ولا يؤكل الابقع الذي يأكل الجيف وكذا الغداف وقال ابو حنيفة رحمه الله لا بأس
بأكل العقعق لانه يخلط فأشبه الدجاجة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يكره لان غالب
اكله الجيف **قال** ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات كلها
اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عم نهى عائشة رضي الله عنها حين
سألته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وانما تكره الحشرات كلها
استدلالا بالضب لانه منها **قال** ولا يجوز اكل الحمر الاهلية والبغال لما روى
خالد بن الوليد رضي الله عنه ان النبي عم نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير
وعن علي رضي الله عنه ان النبي عم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر **قال**
ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله والشافعي رحمه الله لا بأس به لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله عم
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحوم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى
والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى
منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب
العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة ولان في
اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل

الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا بأس
به لانه ليس في شربه تقليل آلة الحرب **قال** ولا بأس بأكل الارنب لان
النبي عم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع
ولا من اكلة الجيف فأشبه الظبي **قال** واذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر لحمه وجلده
الا الآدمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الآدمي فلحرمته وكرامته والخنزير
لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لانه
لا يؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل
كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة
دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد
كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه
يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به
في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك
الميتة والزيت غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل **قال** ولا يؤكل من
حيوان الماء الا السمك وقال مالك رحمه الله وجماعة باطلاق جميع ما في البحر واستثنى
بعضهم الخنزير والكلب والانسان وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف
في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عم
في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي
لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عم عن دواء يتخذ فيه الضفدع
ونهى عن بيع السرطان والصيد الذي تلاه محمول على الاصطياد وهو مباح
فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك
لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما
الدمان فالكبد والطحال **قال** ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي
رحمهما الله لا بأس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث
ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن النبي عم انه قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء
فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة
البحر ما لفظه ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة **قال**

ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك والجراد بلا ذكاة، وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه أو يشويه لأنه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به فلا يحل إلا بالقتل كما في سائره، والحجة عليه ما رويناه، وسئل علي رضي الله عنه عن الجراد يأخذه الرجل من الأرض وفيها الميت وغيره فقال كله كله، وهذا عد من فصاحته ودل على إباحته وإن مات حتف أنفه بخلاف السمك إذا مات من غير آفة لأنا خصصناه بالنص الوارد في الطافي، ثم الأصل في السمك عندنا أنه إذا مات بآفة يحل كالمأخوذ وإذا مات حتف أنفه من غير آفة لا يحل كالطافي، وتنشعب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى، وعنه أنه لو نبت البرد عليها سنا إذا قطع بعضها مات يحل أكل ما أبين وما بقي لأن موته بآفة وما أبين من الحي وإن كان ميتا فميتته حلال، وفي الموت بالحر والبرد روايتان.

كتاب الأضحية

قال الأضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار، أما الوجوب فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهم الله، وعنه أنها سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي، وذكر الطحاوي رحمه الله أن الأضحية على قول أبي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله سنة مؤكدة، وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف. وجه السنة قوله عليه السلام من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب، ولأنها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكاة وصار كالعتيرة. ووجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، ولأنها قربة يضاف إليها وقتها يقال يوم الأضحى وذلك يؤذن بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود، والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهرا بالنظر إلى الجنس، غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت فلا تجب عليه بمنزلة الجمعة، والمراد بالإرادة فيما روي والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير، والعتيرة منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل. وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر، وبالإسلام لكونها قربة، وبالإقامة لما بينا، واليسار لما روينا

من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم، وبالوقت وهو يوم الأضحى لأنها مختصة به وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى. ويجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب عليه على ما بيناه، وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر، وهذه رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله، وروي عنه أنه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لأن السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير، وهذه قربة محضة والأصل في القرب أن لا تجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا تجب عن عبده وإن كان يجب عنه صدقة الفطر، وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير، فالخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر، وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لأن القربة تتأدى بالإراقة والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله، والأصح أن يضحي من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه.

قال ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة، والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد لأن الإراقة واحدة وهي القربة، إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة، ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس. وتجوز عن خمسة أو ستة أو ثلاثة ذكره محمد رحمه الله في الأصل لأنه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم أولى، ولا تجوز عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه، وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه إن شاء الله تعالى. وقال مالك رحمه الله يجوز عن أهل بيت واحد وإن كانوا أكثر من سبعة ولا يجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عليه السلام على كل أهل بيت في كل عام أضحاة وعتيرة، قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له يؤيده ما يروى على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة. ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين تجوز في الأصح لأنه لما جاز ثلاثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا له، وإذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون، ولو اقتسما جزافا لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من الأكارع والجلد اعتبارا

بالقياس عدم الجواز فيه

البيع ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها ستة معه أجزأه
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأنه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا
والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها ولا يظفر بالشركاء
وقت البيع وإنما يطلبهم بعده فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج
وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء
ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يكره
الاشتراك بعد الشراء لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر أضحية لما بينا
وأبو بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان إذا كانا مسافرين وعن علي رض
ليس على المسافر جمعة ولا أضحية **قال** ووقت الأضحية يدخل بطلوع الفجر
من يوم النحر إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد فأما
أهل السواد فيذبحون بعد الفجر والأصل فيه قوله م من ذبح قبل الصلاة
فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين
وقال م إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية غير أن هذا الشرط
في حق من عليه الصلاة وهو المصري دون أهل السواد ولأن التأخير لاحتمال
التشاغل به عن الصلاة فلا معنى له في حق القروي ولا صلاة عليه
وما رويناه حجة على مالك والشافعي في نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر
الإمام ثم المعتبر في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي
في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي عكسه لا يجوز إلا بعد الصلاة وحيلة المصري
إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لأنها
تشبه الزكاة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر كالزكاة
بهلاك النصاب فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف
صدقة الفطر لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر ولو ضحى بعدما صلى
أهل المسجد ولم يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلاة معتبرة حتى لو
اكتفوا بها أجزأتهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا
قال وهي جائزة في ثلاثة أيام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي
ثلاثة أيام بعده لقوله م أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي
وابن عباس رض أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوا

سماعا لأن الرأي لا يهتدي إلى المقادير وفي الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن
وهو الأقل وأفضلها أولها كما قالوا ولأن فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو
الأصل إلا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في
ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يمضي بأربعة أولها
نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل
من التصدق بثمن الأضحية لأنها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليه ولأنها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى بها في
الأوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلاة في حق الآفاقي ولو لم يضح
حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيرا تصدق بها
حية وإن كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على
الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندنا فإذا فات الوقت يجب عليه
التصدق إخراجا له عن العهدة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد
العجز فدية **قال** ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنسك
ولا العجفاء لقوله م لا تجزي في الضحايا أربعة العوراء البين عورها والعرجاء
البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي **قال** ولا تجزي
مقطوعة الأذن والذنب أما الأذن فلقوله م استشرفوا العين والأذن
أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن
قال ولا التي ذهب أكثر أذنها وذنبها وإن بقي أكثر الأذن والذنب
جاز لأن للأكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه
فجعل عفوا واختلفت الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في مقدار الأكثر ففي الجامع
الصغير عنه وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية الثلث أو أقل
أجزأه وإن كان أكثر لم يجز لأن الثلث تنفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة
فاعتبر قليلا وفيما زاد لا تنفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لأنه يحكي
حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروى الثلث لقوله م في حديث الوصية
الثلث والثلث كثير وقالا إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة
على ما تقدم في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله قال أبو يوسف
رحمه الله أخبرت بقولي أبا حنيفة رحمه الله فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع

الى قول ابي يوسف رحمه الله وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون
النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف رحمه الله
ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة
بعد ان لا تعلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته
من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب اليها العلف
قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان
كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا فالنصف قال ويجوز
ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق به مقصود وكذا
مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب وقد صح ان النبي ع م ضحى بكبشين
املحين موجوءين قال والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف
لانه لا يخل بالمقصود اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز
لان الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب
في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي يوسف رحمه الله انه
يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به اجزأه
لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز لانه اذا كان
لان مقطوع اكثر الاذن
اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت هذه العيوب
قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان غنيا
عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء
لا بالشراء فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت فلا يجب عليه
ضمان نقصانه كما في نصاب الزكاة وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة
للتضحية على الموسر مكانها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او سرقت فاشترى
اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى الفقير ذبحهما ولو
اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزأه استحسانا عندنا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به اعتبارا
وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره وكذا بعد
فوره عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح

قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم تنقل التضحية
بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم قال ويجزئ من ذلك
كله الثني فصاعدا الا الضأن فان الجذع منه يجزئ لقوله ع م ضحوا بالثنايا الا
ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال ع م نعمت الاضحية الجذع من الضأن
قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه على الناظر من بعيد
والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
رحمه الله انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين
ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود
بين الاهلي والوحشي يتبع الام لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب
على الشاة يضحى بالولد قال وان اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها ف
مات احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزأهم وان
كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه
ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت
جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد
وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى
ان النبي ع م ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الثاني لان النصراني
ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة والاراقة
لا تتجزأ في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا الذي ذكره
استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه تبرع
بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن
الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات
واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة
وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية
ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم
الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا
ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلث الاكل
والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم

كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت

عليها الا بما **قال** ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت
مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا
ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه
تصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم
او بما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع فجائز لقيام الملك والقدرة
على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها
وخطامها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى
البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته فينتفع به قبل ان يذبح لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب
لبنها فينتفع به كما في الصوف **قال** والافضل ان يذبح اضحيته بيده
ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسن فالافضل ان يستعين بغيره واذا
استعان بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي
فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب **قال**
ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح
جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر
المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا **قال** واذا غلط رجلان
فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما وهذا استحسان
واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير امره لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها
ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز
ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما
اذا ذبح شاة اشتراها القصاب ووجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها
فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضي
هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها بعوارض فصار كما اذا ذبح شاة شد
القصاب رجلها فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد
الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه

وكونه

وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من
طبخ لحم غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك
بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون
والحطب تحته او جعل الحنطة في الزورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة واماله
الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها
او اعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته ما سقط فعطبت لا يكون
ضامنا في هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا فنقول
في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية غيره بغير امره صريحا فهي خلافية زفر بعينها
فيتأتى فيها القياس والاستحسان كما ذكرنا فياخذ كل واحد منهما مسلوخة من
صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة وان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد
منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له ان
يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق
بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت
عن صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه ومن غصب
شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف
ما لو اودع شاة فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد رحمه
الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام
وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول
منها

فصل في الاكل والشرب

قال ابو حنيفة رحمه الله يكره لحوم الاتن والبانها
وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال الابل وتأويل قول ابي
يوسف لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح
فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه **قال** ولا يجوز الاكل والشرب والادهان
والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب
في اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة رضي الله
عنه بشراب في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله عليه السلام واذا
ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين

والمسرفين صح

وتنعم بتنعم المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجا
ل والنساء لعموم النهي وكذلك الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب
والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس
باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره
لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم
التفاخر بغير الذهب والفضة قال رضي الله عنه ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند
أبي حنيفة رحمه الله والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي المفضض
والسرير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا
وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال أبو يوسف
يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبي حنيفة ويروى مع أبي يوسف رحمهما الله وعلى
هذا الخلاف الإناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا إذا
جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا أو مفضضا و
الاختلاف في اللجام والركاب والثفر إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة
ذهب أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذي
لا يخلص فلا بأس به بالإجماع لهما أن مستعمل جزء من الإناء مستعمل جميع الأجزاء فيكره
كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة ولأبي حنيفة أن ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع
فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال
ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي
أو نصراني أو مسلم وسعه أكله لأن قول الكافر مقبول في المعاملات لأنه خبر صحيح
لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع
المعاملات وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه إذا كان ذبيحة غير الكتابي
والمسلم لأنه لما قبل قوله في الحل فأولى أن يقبل في الحرمة قال ويجوز أن يقبل
في الهدية والإذن قول العبد والجارية والصبي لأن الهدايا تبعث عادة على
أيدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الإذن عند الضرب في الأرض
والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج وفي الجامع الصغير إذا قالت
جارية لرجل بعثني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت
بإهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق

شرط صح

فصبرت صح

ولا يقبل في الديانات إلا العدل ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين
أجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها
عدلا كان أو فاسقا كافرا كان أو مسلما عبدا كان أو حرا ذكرا كان أو أنثى
دفعا للحرج أما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز أن يشترط
فيها زيادة فلا يقبل إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم والكافر لا يلتزم
الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر لا يمكنه المقام في دارنا إلا
بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة إلا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل
قول المستور فيه في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيه جريا على مذهبه أنه
يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي
قال ويقبل فيها قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولا لأن عند
العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل
ومن الديانات الإخبار بنجاسة الماء حتى إذا أخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به
ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا أو مستورا تحرى فإن كان أكبر رأيه أنه صادق
يتيمم ولا يتوضأ به وإن أراق الماء ثم تيمم كان أحوط ومع العدالة فيسقط
احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالإراقة أما التحري فمجرد ظن ولو كان أكبر
رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب
الحكم فأما في الاحتياط فيتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة إذا لم يكن فيه زوال
الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي إلى
وليمة أو طعام فوجد ثمة لعبا أو غناء فلا بأس بأن يقعد ويأكل قال أبو حنيفة رحمه
ابتليت بهذا مرة وهذا لأن إجابة الدعوة سنة قال عليه السلام من لم يجب الدعوة
فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلاة الجنازة
واجبة الإقامة وإن حضرتها نياحة فإن قدر على المنع منعهم وإن لم يقدر
يصبر وهذا إذا لم يكن مقتدى فإن كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج
ولا يقعد لأن في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين
والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل أن يصير مقتدى ولو كان ذلك
على المائدة لا ينبغي أن يقعد وإن لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد
بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا

ولم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله ابتليت بهذا لان الابتلاء انما يكون بالمحرم

فصل في اللبس قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عم نهى عن لبس الحرير والديباج وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث آخر وهو ما رواه عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم علي رضي الله عنه ان النبي عم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلاثة اصابع او اربعة كالاعلام والمكفوف بالحرير لما روي انه عم نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عم انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال ولا بأس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رحمه الله وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رحمه الله وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ رحمهم الله وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه عم جلس على مرفقة حرير وكان على بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنه مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على ما عرف قال ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما روينا والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على

وهو م

انه م

عندهما لما روى الشعبي ان النبي عم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب صح

يكون م

بينا

ما بينا قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن الكف بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له قال ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عم ان يتخذ انفا من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر وتكبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يتمخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وتجبر وصار كالتربع في الجلوس ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت بهم كثرة ما توصي

فقال م

وتعقد الرتم وقد روي ان النبي عم امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث
لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان فصل في الوطء والنظر
واللمس قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله
تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس ما ظهر منها الكحل
والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها
ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا و
اعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة
انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف انه يباح النظر الى ذراعيها
ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال فان كان لا يامن الشهوة لا ينظر
الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن امراة اجنبية عن شهوة
صب في عينيه الآنك يوم القيامة فان خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة
تحرزا عن المحرم وقوله لا يامن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء
كما اذا علم او كان اكبر رايه ذلك ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان
كان يامن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف
النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع
على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا تشتهى
فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رض
كان يدخل بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز
وعبد الله بن الزبير رض استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي راسه
وكذا اذا كان شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يامن
عليها لا تحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى
يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي اذا اراد
ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان
خاف ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء
الشهادة ولكن ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء
الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة
اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهي فلا ضرورة

بخلاف

بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة فلا باس ان ينظر اليها وان علم
انه يشتهيها لقوله عم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما ولان مقصوده اقامة
السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة
وينبغي ان يعلم امراة مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا
يستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما
ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز
للرجل النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا
للهزال الفاحش على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه امارة المرض قال
وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عم عورة
الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا ثبت
ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رحمه الله والركبة عورة
عندنا خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون
السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله ابو بكر محمد بن الفضل الكماري رحمه الله معتمدا
فيه على العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رض عن النبي عم
انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رض سرته فقبلها ابو هريرة
وقال عم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة ملتقى عظم
الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة في الركبة
اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق
وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما يباح النظر للرجل من
الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل
الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمراة في النظر
الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر
المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس
اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك
يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة
لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو
كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا

كذلك اذا اشتهت المراة لان الشهوة غير موجودة حقيقة واعتبارا فكانت
في جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق من
جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من الرجل
لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة
قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رحمه ان نظر المراة الى المراة كنظر
الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة
الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل الى امته
التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة
وغير شهوة والاصل فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك وامراتك ولان
ما فوق ذلك من المس والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر
كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عم اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع
ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن
عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال
وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن الآية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل
في ذلك الساعد والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف
الظهر والبطن والفخذ لانها ليست من مواضع الزينة ولان البعض يدخل
على البعض من غير استئذان واحتشام والمراة في بيتها في ثياب مهنتها عادة
فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة
فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا يجوز له المناكحة
بينه وبينها على سبيل التابيد بنسب كان او بسبب كالرضاع والمصاهرة لوجود
المعنى فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال
ولا باس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة
الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح
النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة
فحينئذ لا ينظر ولا يمس لقوله عم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان

تزنيان

تزنيان وزناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا باس
بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم لا تسافر المراة فوق ثلثة ايام ولياليها الا
ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عم الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان
ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا
باس بان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة
فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان
امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه
حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان
وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر اليه من ذوات محارمه لانها تخرج
لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها خارج البيت
في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رض اذا
راى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر
ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل رحمه انه يباح الا الى ما دون
السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها
في الاماء ولفظ المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة و
المستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة
فقد قيل يباح كما في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب
والانزال اعتبر محمد رحمه في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد
الحاجة ولا باس ان يمس ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي
كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل قال مشايخنا يباح
النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان اكبر
رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح النظر والمس بشرط
عدم الشهوة واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت
وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه انها اذا كانت تشتهى
ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء والخصي
في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رض الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما
قبله ولانه فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي

من الافعال لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل
الصغير مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر الى سيدته الا الى ما يجوز
للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى
او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استئذان ولنا انه
فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة
لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها
ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لان النبي عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها
وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة
وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا
لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد
ذكرناه في النكاح فصل في الاستبراء وغيره قال ومن اشترى
جارية فانه لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها
والاصل فيه قوله عليه السلام في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن
ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على المولى ودل على السبب
في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود في مورد النص وهذا لان
الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب
عن الاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون
الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية ارادة
الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك
واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة
المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية
والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك ويجب على المشتري من مال الصبي ومن
المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ
لتحقق السبب عنه وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر
تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها

ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب
استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزأ بالحاصل قبل
الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض
في الشراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري
فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة
ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد
الشراء ثم اسلمت المجوسية او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث
الملك واليد اذ هو مقتض للحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام
السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا
وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى واذا ثبت وجوب الاستبراء
وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه او لاحتمال وقوعها في غير الملك
على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي
فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي
لا يفضي الى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم
يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها في
غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بينا
والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه
اقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء
بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان
ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير
في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد اربعة اشهر وعشر
وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن زفر
سنتان وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله قال ولا بأس بالاحتيال لاسقاط
الاستبراء عند ابي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة و
المأخوذ قول ابي يوسف رحمه الله فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد

فهذا اذا علم انها قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق الزوج قبل الدخول لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير **قال** ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عم كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض **قال** ومن له امتان اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك يمين او نكاح او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق النص ولان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع ولا ان ياتي بالدواعي فيهما فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض من احداهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء بذلك كله ورهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا يحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا زوج احداهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح

فالحيلة م

حرام

وكذا اذا وهب البعض من احدهما م

التحريم

في التحريم ولو وطئ احداهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرنا فهما بمنزلة الاختين **قال** ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما وقال ابو يوسف لا باس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي انه عم نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة فلا باس به بالاجماع وهو الصحيح **قال** ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عم من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه **فصل** في البيع **قال** ولا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه لا ينتفع بها الا مخلوطا ويجوز بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة **قال** ومن علم بجارية انها لرجل فرأى اخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر فان كان اكبر رأيه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى ملك الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ

خافة بيعه م

يستحب لان تحرزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده
الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبل ولم يشترها حتى
يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيها لغيره فان اخبره ان مولاه اذن
له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي وان لم يكن له رأي لم
يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل ولو ان امرأة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب
مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا
تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس ان تعتد
ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي
وانقضت عدتي فلا بأس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلث انقضت
عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدتي فلا بأس
ان يتزوجها الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان
القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج
حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان
او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من
الرضاعة لم يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر
بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع
بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت
من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام
الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور
الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت
لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع
وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه
دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذه منه وان كان البائع نصرانيا فلا
بأس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم
في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع وفي الوجه
الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه قال
ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين والبهائم اذا كان في بلد يضر الاحتكار

باهله وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا بأس به والاصل فيه قوله م الجالب
مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال
حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة
بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره
وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي م نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان
قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين
لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول
ابي حنيفة رحمه وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان
ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف
اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف
ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا
مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقول النبي م من احتكر
طعاما اربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه
قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت
في المأثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة
للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة والحاصل ان التجارة في الطعام
غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر
اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع
فكذا له ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة رحمه لان حق العامة انما
يتعلق بما جمع في المصر وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف رحمه يكره لاطلاق ما روينا
وقال محمد رحمه كل ما يجلب منه الى المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم
الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة
بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان ان
يسعر على الناس لقوله م لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق
ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه الا اذا
تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يأمر المحتكر
ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار

فان رفع اليه رجل احتكر حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن
صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الراي والبصر
فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا
ظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر
على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل
يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه قيل هو على اختلاف عرف في بيع مال
المديون وقيل يبيع بالاتفاق لان ابا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام
وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في ايام الفتنة معناه ممن يعرف انه من
اهل الفتنة لانه تسبيب الى المعصية وقد بيناه في السير وان كان لا يعرف
انه من اهل الفتنة لا باس بذلك لانه يحتمل ان لا يستعمله في الفتنة فلا يكره
بالشك قال ولا باس ببيع العصير ممن يعلم انه يتخذه خمرا لان المعصية لا تقام
بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في ايام الفتنة لان المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار او كنيسة او بيعة او يباع فيه
الخمر بالسواد فلا باس به وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا ينبغي ان يكريه لشيء من
ذلك لانه اعانة على المعصية وله ان الاجارة ترد على منفعة البيت ولهذا
تجب الاجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستاجر وهو مختار
فيه فينقطع نسبته عنه وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
واظهار بيع الخمور والخنازير في الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها بخلاف
السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لان غالب اهلها اهل الذمة
فاما في سوادنا فاعلام الاسلام فيها ظاهرة فلا يمكنون فيها ايضا وهو
الاصح قال ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له الاجر عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يكره له ذلك لانه اعانة على المعصية وقد صح ان النبي عم لعن في
الخمر عشرا حاملها والمحمول اليه وله ان المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار
وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون
بقصد المعصية قال ولا باس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله وقالا لا باس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة

لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عم الا ان مكة
حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة وقد ظهر
اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق
البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر
ارض مكة فكانما اكل الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول
الله عم من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكن غيره ومن وضع درهما
عند بقال ياخذ منه ما شاء يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا وهو ان ياخذ منه ما شاء
حالا فحالا ونهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه
ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل
متفرقة ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود رضه جردوا القرآن
ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان التعشير يخل بحفظ
الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره قالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة
فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا باس بتحلية
المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه
من قبل قال ولا باس ان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي رحمه الله
يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس
فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل
اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا يحتج مالك والتعليل بالنجاسة
عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عليه السلام انزل وفد ثقيف
في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد والآية
محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء او طائفين عراة كما كانت عادتهم في الجاهلية
قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم حث الناس
على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا باس باخصاء البهائم وانزاء
الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة والناس وقد صح ان النبي عم ركب
البغلة فلو كان هذا الفعل حراما لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا باس
بعيادة اليهودي والنصراني لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان
النبي عم عاد يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه

اسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب في
كراهية الثانية لانه من القعود وكذا الاول لانه يوهم تعلق عزه بالعرش وهو محدث
والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا باس به وبه اخذ الفقيه
ابو الليث لانه مأثور عن النبي عم روي انه كان من دعائه اللهم اني اسألك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك
التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول
في دعائه بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال
ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر بها فالميسر حرام
بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عم لهو المؤمن باطل
الا الثلاث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله وقال بعض
الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي
عن الشافعي رحمه ولنا قوله عم من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في
دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما
لقوله عليه السلام ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم
يقامر لا تسقط عدالته لانه متأول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا
لهم ولم ير ابو حنيفة به باسا ليشغلهم عما هم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر
واجابة دعوته واستعارة دابته وتكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير
وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله
وجه الاستحسان انه عم قبل هدية سلمان رضي حين كان عبدا وقبل هدية بريرة
وكانت مكاتبة واجاب رهط من الصحابة رض دعوة مولى ابي اسيد وكان
عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك
شيئا يملك ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على
اصل القياس قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة
والصدقة له واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب
الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي
هو الذي قام مقامه باثبات الشرع ونوع اخر ما كان من ضرورة حال الصغار
وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظار فذلك جائز ممن يعوله وينفق

عليه

عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي
اولى الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض
كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان
يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملكه بالعقل والولاية والحجر وصار
بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يؤاجره ويجوز للام ان تؤاجر ابنها
اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك
الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه وقد
ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية
وهو طوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة
اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في
السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال
ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد
باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم
كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه عم
بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا رض الى اليمن وفرض له ولانه
محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس
من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون
كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو
افضلها ثم ان القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه
اقامة فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا
فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الصحيح صيانة للقضاء
عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر
اعادته ثم تسميته رزقا تدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول
السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يؤخذ
في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى
رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المرأة

او اماتت في السنة بعد استحقاق نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال
ولا يبيعن ابن في النفقة وام الولد لغير محرم لان الاجابة حق الاب فيحتاج
الى النفقة والمسن بمنزلة المعدوم على ما ذكرنا من قبل وام الولد لم تتم الملك فيه
وان امتنع حبسه كتاب احياء الموات قال الموات ما لا ينتفع به من الارض لانقطاع
الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك لبطلان
الانتفاع به قال فان كان عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام
لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من
اقصى العامر فصاح لا يسمع الصوت فهو موات قال رضه كذا ذكره القدوري
ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم
او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها لتكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة لمسلم
او ذمي لا تكون مواتا واذا لم يعرف مالكها تكون لجماعة المسلمين ولو ظهر لها مالك
ترد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما قال شرط ابو يوسف
لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار
الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا
من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهرزاده وشمس الائمة السرخسي اعتمد
على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير
اذنه لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عم من احيى ارضا ميتة فهي له
ولانه مال مباح سبقت يده اليه فيملكه كما في الحطب والصيد وله قوله عم ليس
للمرء الا ما طابت نفس امامه به وما رواه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب
لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب فليس
لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم ويجب فيه العشر لان
ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه بماء الخراج لانه حينئذ
يكون ابقاء للخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني
احق بها لان الاول ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها
والاصح ان الاول ينزعها من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث
اذ الاضافة فيه لام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم
احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان طريق

[illegible]

الاول

الاول في الارض الرابعة لتعيينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه قال ويملك
الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة
رحمه الله اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء
على اصله قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها
الى غيره لان الدفع كان الى الاول ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر
او الخراج واذا لم تحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس احياء
ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع
الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط
ثلث سنين لقول عمر رض ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلمه لا بد من زمان
يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلث سنين
لان ما دونها من الساعات والايام والشهور لا يفي بذلك واذا لم يحضر
بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما اذا احياها غيره قبل
مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام
فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا
يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش
او الشوك وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس
من الدخول او حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها
وسقاها فعن محمد رح انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم
يسقها يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو
حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها
قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا
لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام
ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن
حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده
او باذنه او بغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن
فحريمها اربعون ذراعا لقوله عم من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته

ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه باليد فقلت الحاجة فلابد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة المسافة **قال** وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة فلابد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الماء الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع هي المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرنا في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول **قال** فان اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد ان يأخذ الثاني فيه قيل له ان يأخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر لابي حنيفة رضي الله عنه انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيله بغير اذن الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بئرا وراء حريم

الاول فذهب ماء البئر الاول لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحها وعن محمد رحمه الله انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في الارض فلا يستحق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة ذراع **قال** والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا في حريمها لانه يحتاج الى الحريم لجذ ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث **قال** وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام **قال** ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة على ذلك وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه المشي عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه على ما ذكرنا وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان باستحقاق الحريم يثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكر ان شاء الله وان كانت مسألة مبتدأة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر لاستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والخلاف في موضع لفنائه ... ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على

ان كان مستمسكا بماء نهره فلا حريم له بالاتفاق في ارضه والملقى من حقه يتعلق
حق صاحب النهر لا يمكنه كما يقول الرجل لا حريم له حد وقع لا يمكن من نقضه وان كان
ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقه
وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه وقالا هي لصاحب
النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما
عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما
عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من
غرسه فهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الخلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده
وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان
لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل
لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين
ثم عند ابي يوسف ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعند محمد رحمه مقدار
بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس **كتاب** مسائل الشرب

فصل في المياه واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع ابن السبيل
من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه انواع منها
ماء البحر ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان من اراد
ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع
بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية
العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق
سقي الاراضي ان احيى واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر
بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد جاز لانه مباح في الاصل اذ قهر الماء يدفع
قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب
وذلك بان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى
والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشقه للسقي به والثالث
اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عم الناس شركاء في
ثلاث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي الثاني وهو
الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه كالظبي

اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب
الماء الى كل مكان وهو محتاج اليه ولنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم فان
اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم
يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب
والرابع الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما
في الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا
حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو مباح الاصل لم يقطع يده ولو كان البئر
او العين او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في
ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد فيقال
لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة او تتركه حتى يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته
وهذا مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا
احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء
حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره
العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر
مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه
وكذا الطعام عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير
سلاح بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان
يأتي على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع
الماء بشربها قيل لا يمنع منه لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة
وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا بالسقي والمستقى
ثبوت حقه ولهم ان يأخذوا الماء للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر
بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي
شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه
ويعدون المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا
الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنعه من ذلك لان الماء متى دخل
في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لان في ابقائه قطع شرب صاحبه ولان
المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة

فان اذن له صاحبه في ذلك او اعاره فلا بأس به لانه حقه يجري فيه الاباحة والا
الورثة ايضا **فصل** في كري الانهار الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد ولم
يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة الا انه عام
ونهر مملوك دخل ماؤه تحت القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به
وعدمه فالاول كريه على السلطان من بيت المال لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته
عليهم ويصرف اليهم من مؤنة الخراج والجزية دون العشور والصدقات لان الثاني
للفقراء والاول للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه
احياء لمصلحة العامة اذ هم لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رضه لو تركتم لبعتم
اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه
بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا على بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود
اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر
بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه
خشية الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي والا فلا
لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه
على اهله لكن لم يقل يجبر الآبي لانه اختلف فيه وقيل لا يجبر لان كل واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه بالرجوع على الآبي بما انفقوا عليه اذا كان بامر القاضي فاستوت
الجهتان بخلاف المتقدم وقيل يجبر لحق الشفعة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري
النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي
حنيفة وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين لان لصاحب
الاعلى حاجة الى الاسفل لاحتياجه الى تسييل الفضل من الماء فيه وله ان المقصود
من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس
على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء
عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة
نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رأيا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله
فاذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه
لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاختصاصه وليس
على اهل الشفة في الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع **فصل**

في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا
لانه قد يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب
فيه وتصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب
الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجرائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه
قد كان له مجراه في هذا النهر يسوق الماء الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب في نهر او على سطح او الميزاب والممشى
في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب واذا كان النهر بين قوم
واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع
بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار
الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر
النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان
تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل
رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح ولا يسكر بما
ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد ان يكري منه نهرا او ينصب
عليه رحى الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا
ان تكون رحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف
في ملك نفسه فلا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما مر من كسر ضفته
وبالماء ان يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير
الرحى ولا يتخذ عليه جسرا او لا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف ما اذا كان
لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق
منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ
الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر
بالشركاء باخذ زيادة الماء وتمنع من ان يوسع فم النهر لانه يكسر ضفة النهر
ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة بالكوى وكذا اذا
اراد ان يؤخر فم النهر فيجعله اربعة اذرع من فم النهر لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول
الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في

يصح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع وهو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر العظيم لان لكل واحد منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له ان يزيد في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان تسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث لا يجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب رد المقبوض من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون ارض كما في حال حياته وكيف يصنع الامام الاصح ان يضمه الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين فان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفضل الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء فسال من مائها في ارض رجل فغرق

ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانه لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرة العقل على ان ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم وهو الاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منها حرام لان به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب فانه تعالى سماه رجسا والرجس هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربه اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل

المقطوع على إيجابه. والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي. والسادس سقوط
تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها
فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام إن الذي حرم شربها حرم بيعها
وأكل ثمنها واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح أنه مال لأن الطباع تميل إليها
وتضن بها قال ومن كان له على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه
ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب
ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين على ذمي فإنه يؤديه من ثمن
الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع
بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب
والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه
فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه إلا أن حكم القتل
قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد إجماع الصحابة وتقديره ذكرناه في الحدود
والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها إلا أنه لا يحد
فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لأن الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا
جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره من بعد إن شاء الله وهذا هو الكلام
في الخمر وأما العصير إذا طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه وهو المطبوخ أدنى طبخة ويسمى
الباذق والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ وكل ذلك حرام عندنا إذا غلا واشتد
وقذف بالزبد أو إذا اشتد على الاختلاف وقال الأوزاعي إنه مباح وهو قول
بعض المعتزلة لأنه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه
رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق
به وأما نقيع التمر وهو السكر وهو النيء من ماء التمر أي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك
بن عبد الله إنه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو
بالمحرم لا يتحقق ولنا إجماع الصحابة رض ودل عليه ما رويناه من قبل والآية محمولة
على الابتداء إذ كانت الأشربة مباحة كلها وقيل أراد به التوبيخ معناه والله أعلم
تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا وأما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب
فهو حرام إذا غلا واشتد ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي وقد بينا المعنى من قبل
إلا أن حرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر

لأن

لأن حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يحد شاربها حتى يسكر ويحد بشرب
قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة في أخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية
واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة خلافا لهما فيهما لأنه مال متقوم
وما شهدت دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير أن عنده يجب
قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لأنها محرمة وعن أبي يوسف
أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف دون الثلثين وقال
في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الأشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب على هذا
العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على أن ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند أبي حنيفة ولا يحد شاربه عنده وإن سكر منه ولا يقع طلاق
السكران منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد أنه حرام
ويحد شاربه إذا سكر منه كما في سائر الأشربة المحرمة وقال فيه أيضا وكان أبو
يوسف يقول ما كان من الأشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه
ثم رجع إلى قول أبي حنيفة وقوله الأول مثل قول محمد أن كل مسكر حرام إلا أنه
تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه
أن بقاءه هذه المدة من غير أن يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل
ذلك يروى عن ابن عباس رضي الله عنهما وأبو حنيفة يعتبر حقيقة الشدة على الحد
الذي ذكرناه فيما يحرم أصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره إن شاء الله
وأبو يوسف رجع إلى قول أبي حنيفة فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط أيضا
وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ كل واحد منهما أدنى طبخة حلال
وإن اشتد إذا شرب منه ما يغلب على ظنه أنه لا يسكره من غير لهو ولا طرب
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام
في المثلث العنبي ونذكره إن شاء الله قال ولا بأس بالخليطين لما روي
عن ابن زياد أنه قال سقاني ابن عمر رض شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي فغدوت
إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين
وكان مطبوخا لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي
أنه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر
محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل والتين

ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه ولهم في اثبات الحرمة قوله عم كل مسكر حرام وقوله عم ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عم ما اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عم حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت لما بيناه ثم هو محمول على القدح المذكور اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر

الاخير

والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر ونقيع الزبيب بادنى طبخة ثم انقع فيه تمرا او زبيبا ان كان ما انقع فيه شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا بأس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير لقوله عم في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي مسئلة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء يطرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره تخليلها ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيها قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عم نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب فيه الخمر ثم ملئ خلا يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوى به جرحا او دبرة دابة ولا ان يسقى ذميا ولا ان يسقى صبيا للتداوي والوبال على من سقاه

قوله واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه ...

[illegible]

وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما في
الكلب والميتة ولو القى الدردي في الخل فلا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل
اليه لا على العكس لما قلنا **قال** ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال
الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في
الطباع من النفرة عنه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا
بالسكر ولان الغالب عليه الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره
الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب
وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا يؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه لانه
اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل

في طبخ العصير الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كأن لم
يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير
طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى الثلث
فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما كان جعل كأن العصير
تسعة دوارق فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان العصير اذا صب عليه الماء قبل الطبخ
ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعدما ذهب
مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء
والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلي الجملة حتى
يذهب ثلثاها ويبقى ثلثها فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث
الباقي ماء وعصير كما اذا صب الماء فيه بعدما ذهب من العصير بالغليان ثلثاه بيانه عشرة
دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسعة
اسهم لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الكل لما قلنا والغلي
بدفعة ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى
حتى ذهب منه الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب
بعضه ثم اهريق بعضه كم تطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ
ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب
بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال
عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق منه ثلاثة ارطال تأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة

وثلث

340

وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على
ما بقي بعدما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل
جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل
وعلى هذا تخرج المسائل ولها طرق اخر وفيما ذكرنا كفاية وهداية الى تخريج
غيرها من المسائل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد
والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك
المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه
وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب
غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك
وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب
ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد
بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد
والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب
من السباع او ذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان
تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح
الكواسب في تأويل والمكلبين المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما رويناه
من حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن
ابي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما
الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحدأة لخساستها والخنزير مستثنى لانه
نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق
باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون
عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه **قال** وتعليم الكلب ان يترك الاكل
ثلاث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو المأثور عن ابن عباس
رضي الله عنهما ولان بدن البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان
آية التعليم ترك ما هو مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة
آية تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك ما ألفه وهو

الأكل والاستئناس ثم شرط ترك الأكل ثلاثاً وهذا عندهما وهو رواية عن أبي
حنيفة رحمه الله لأن فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة أو مرتين شبعاً فإذا تركه
ثلاثاً دل على أنه صار عادة له وهذا لأن الثلاث مدة ضربت للاختبار وإبلاء الأعذار
كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الأخيار ولأن الكثير هو الذي يقع أمارة على
العلم دون القليل والجمع هو الكثير وأدناه الثلاث فقدرنا بها وعند أبي حنيفة على
ما ذكر في الأصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على ظن الصائد أنه معلم ولا يقدر بالثلاث
لأن المقادير لا تعرف اجتهاداً بل نصاً وسماعاً ولا سمع فيفوض إلى رأي المبتلى
به كما هو أصله في جنسها وعلى الرواية الأولى عنده يحل ما اصطاده ثالثاً
وعندهما لا يحل لأنه إنما يصير معلماً بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم وكان
الثالث صيد كلب جاهل وصار كما إذا لم يعرف الإذن إلا بسكوت المولى وله أنه آية
تعلمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لأن الإذن إعلام
ولا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال وإذا أرسل كلبه المعلم
أو بازه وذكر اسم الله تعالى عند إرساله فأخذ الصيد وجرحه فمات حل أكله
لما روينا من حديث عدي بن حاتم رضي الله عنه ولأن الكلب أو البازي آلة والذبح
لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل منزلة الرمي وإمرار
السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسياً حل أيضاً على ما بينا وحرمة
متروك التسمية عامداً في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة
الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان من البدن بانتساب ما وجد من
الآلة إليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى
اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب
بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه أخذ باليقين وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط رجوعاً
إلى أن دليل الأول وجوابه ما قلنا وإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل
وإن أكل منه البازي أكل والفرق ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد
بما روينا في حديث عدي وهو حجة على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم
في إباحة ما أكل الكلب منه ولو أن كلباً صاد صيوداً ولم يأكل منها ثم أكل من
صيد لا يؤكل هذا الصيد لأنه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً
على اختلاف الروايات كما بيناه في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها

لا تظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد ثبتت
الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافاً لهما هما يقولان إن
الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ولأن فيما أحرزه قد
أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأول
بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيداً من وجه لعدم الإحراز
فحرمناه احتياطاً وله أنه آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا تنسى أصلها فإذا
أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود
لأنه بالأكل فصار كتبدل الاجتهاد قبل القضاء ولو أن صقراً فر من صاحبه
فمكث حيناً ثم صاد لا يؤكل صيده لأنه ترك ما صار به عالماً فيحكم بجهله كالكلب
إذا أكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك
للصيد عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له
ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم
يبق صيداً فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً غيره وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكله
لأنه ما أكل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس شاة بخلاف
ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع
منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل
حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه
صاحبه ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه
الحالة لم يضره فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الأول
لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلاً ممسكاً لنفسه ولأن نهش البضعة قد
يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه
فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله
قال وإن أدرك المرسل الصيد حياً وجب عليه أن يذكيه وإن ترك
تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم لأنه قدر على الأصل قبل حصول
المقصود بالبدل إذ المقصود هو الإباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل
وهذا إذا تمكن من ذبحه أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق
ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل

وهو قول الثلث فتي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا رآه ولم يقدر على
الاستعمال ووجه ظاهر الرواية انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على الذبح وهو قائم
مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس يتفاوتون فيها
على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف
ما اذا بقي فيه من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع
في الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم كما اذا وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل
بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت
لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة
الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه ثم وقع في
يد صاحبه حل لان ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء
بعدما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل ايضا لانه وقع
في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما ذكرناه من قبل والذي
ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة وكذا المتردية و
النطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية او بينة وعليه
الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله
اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل اكله لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد اذا
كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحياة على ما قررناه
ولو ادركه ولم يأخذه فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار
في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن
من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حياة مستقرة
فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حياة مستقرة فعند ابي حنيفة
ذكاته الذبح على ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا ارسل
كلبه المعلم على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير الارسال اذ
الارسال مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد
اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره
ولو ارسله على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل
يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بينا ولهذا

الملح

فوق ما يعيش م

يشترط

يشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين
بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحة بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى
حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة تكفيه تسمية واحدة
ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك
حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذلك الكلب اذا اعتاد عادته
ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا
لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه ونفذ
منه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فقتله
لا يؤكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه اذ لم يكن حيلة منه للاخذ وانما كان
استراحة بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع
الصيد فاخذه وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما
مكث ساعة للتمكن لما بينا في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا
يدرى ارسله انسان ام لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه
وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه
وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس
باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض سببا
لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير
معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في
حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا
ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه وانجرح بالاول يكره اكله لوجود
المشاركة في الاخذ وفقده في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه
حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة
وتتحقق بين فعل الكلبين لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول
لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله
لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث زاد به طلبا وكان
تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه
لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر

زجره فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار
زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر
دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر
لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى ان لا تثبت
به الحل وكل من لا تجوز ذكوته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي
وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله لان الزجر
مثل الانفلات لانه اذا كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث
انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه
فضربه ووقذه ثم ضربه وقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله
الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل
رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول
لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد
والمعتبر الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال
من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول **فصل** في الرمي
ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا
ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي
يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في
شيء منه بخلاف السباع لانها يؤثر في جلدها وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الارسال
فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فوقع
الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه والاباحة في المتناول ترجع الى المحل
بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كما
لو رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل
المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي
الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري انه وحشي
او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري
ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة
فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة

فيها ولو اصاب المسموع ولم يعلم حسه وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه
لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب اذا جرح السهم فمات
لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع البدن محل لهذا
النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بينا **قال** وان
ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهه والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده
قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى
اصابه ميتا اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام
انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان
احتمال الموت بسبب آخر قائم فلا يحل اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق
لما روينا الا انه سقط اعتباره ما دام في طلبه ضرورة انه لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي
رويناه حجة على مالك في قوله ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل وان بات ليلة
لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه موهوم يمكن الاحتراز
عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب في هذا
كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه **قال** واذا رمى صيدا فوقع في الماء او وقع
على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام
بالنص ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد
ذلك قوله عليه السلام لعدي بن حاتم وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري
ان الماء قتله او سهمك واذا وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن
الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن
التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحرمة والحل اذا اجتمعا وامكن التحرز عما
هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى
وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فما يمكن التحرز عنه اذا وقع على
جبل او حائط او آجرة ثم على الارض او رماه وهو على جبل فتردى من موضع الى
موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة قائمة او
على حرف آجرة لاحتمال ان حد هذه الاشياء قتله وما لا يمكن التحرز عنه اذا وقع
على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة

او صخرة فاستقر عليها لان وقوعه عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمله الامام السرخسي على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لم يؤكل كما اذا وقع في الماء قال وما اصابه المعراض بعرضه لم يؤكل وان خرج اكل لقوله عليه السلام ما اصاب بحده فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك اذا رماه بحجر وكذا ان جرحه قالوا تأويله اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح وان كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا ان رماه بها فابان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كانت له حدة تبضع بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتأخرين سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة لان الدم قد يحتبس لضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لقوله عليه السلام ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة

لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم قيل لا تحل وقيل تحل ووجه القولين دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بينا ولا يؤكل العضو وقال الشافعي رحمه الله اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوال الحياة بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حياة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحياة او تردى من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف رأسه او اكثره يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحياة بعد هذا الجرح والحديث يتناول السمك والمبين منه ميت الا ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتئام والاندمال فاذا مات حل اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكاة على ما بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني

والمجوسي لانه من اهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى
صيدا فلم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني ويؤكل
لانه هو الذي اخذه وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذه وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله
فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة
الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال يجوز ان يسلم منه الصيد
لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الرمي الاول بحال
لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا
ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه
بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحياة
اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف لا يحرم
بالرمية الثانية لانه لا عبرة بهذا القدر من الحياة عنده وعند محمد رحمه الله
يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب
فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء والاول قال
ضامن للثاني قيمته الا ما نقصته جراحته لانه اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه
بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحة وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه
ومعناه اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد
منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل
حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا
وان علم ان الموت حصل بالجراحتين او لا يدرى قال في الزيادات يضمن
الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن نصف
قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا
واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين لان الاول كانت [illegible] والثاني
ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال
يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف
اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان
رمى الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرمي غيره وهو
كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني

بالرمي

فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين منهم

محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لاطلاق
المبيح والصيد لا يختص بما كل اللحم قال قائلهم صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت
فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع بجلده او بشعره او بريشه او لاستدفاع شره
وكل ذلك مشروع كتاب الرهن الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي
الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى
فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بها درعه وقد
انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا
الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط
اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من
الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر
المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن
لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية
وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع
فيقبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان
ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس
بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبض المرتهن الرهن محوزا مفرغا متميزا
تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه
وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله
قال فاذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده
ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلثا لصاحبه غنمه وعليه
غرمه قال رضي الله عنه معناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فهلاكه
لا يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة
والسقوط بالهلاك يضاد ذلك لانه يفضي الى العقد اذ الحق يصير بعرض الهلاك وهو ضد
الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك
وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد
هلاك الرهن واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن مضمون مع اختلافهم

نقدا تاما

كونه بعرض الهلاك قيمته

في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم ● وفارقتك برهن لا فكاك له ● والاحكام الشرعية تتعلق على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الامن عن الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت له الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي من رقبته لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذا اشترى المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته كما في الحوالة والاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على الاصلين عدة من المسائل المختلفة فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع وسنبين الوفاق في ذلك والخلاف في اثنائه ان شاء الله تعالى **قال** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب **قال** رض ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ولكن نقول ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة بها وان كان لا يجب الا بعد الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سببه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة به على ما ذكره بخلاف الوديعة **قال** وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين

والاستيفاء يع

ولكنه يجب عند الهلاك ح

سواء

سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع الراهن على المرتهن بخمسمائة لحديث علي رض قال يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها فلا ضرورة في حق الضمان والمراد بالتراد فيما يروى حالة البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بينا على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء

نجم قد حل اعتبارا بالحال وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطاء حتى قضى
على عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان
القيمة خلف عن الرهن فلا بد من احضار كلها كما في عين الرهن وما صارت قيمته بخلاف ما
تقدم ما صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر
ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم
يؤتمن عليه حيث وضع على يدي غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضعه العدل
في يد من في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان
ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن
لانه لم يقبض شيئا وكذا اذا غاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لما قلنا ولو
ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن
بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق
استيفاء الدين فلا يملك المطالبة به قال واذا كان الرهن في يده فليس عليه
ان يمكنه من بيعه حتى يقبض الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين
على ما بيناه ولو قضاه البعض فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا
بحبس المبيع فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم
لوصول الحق الى مستحقه ولو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار
مستوفيا عند الهلاك بالقبض الاول فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب
رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن
الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو
هلك في يده يسقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن
ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لان له حق
الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن وليس له
ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه
فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان
يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال معناه ان
يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان
حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بيناه

ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لا لاستيفائه لقيامه مقام العين
كالاداء من احضار كل م

جميع

جميع ذلك بدلالة في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب
بجميع قيمته لان الزيادة على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي
ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون
فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه
مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان
من الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه
لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلثة وضمن في السيفين
لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلثة
وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان
لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على
المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن و
الاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في
الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون
اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في
ماكله ومشربه واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة
الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه
فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه
فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه وهذا في ظاهر
الرواية وعن ابي يوسف ان كراء المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعي
في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن فانه يحتاج الى اعادة يده
للاستيفاء التي كانت له ليرده فكان من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت
قيمة الرهن والدين سواء وان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى
الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في
الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيه فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة
البيت لما ذكرنا فان كله يجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان
وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل فانما يجب لاجل الضمان

بالزيادة

فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفدا
الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤن الملك
والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن في الباقي
لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه
فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه
امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا
وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال ولا يجوز
رهن المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان احدهما ينبني على حكم الرهن
فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع
وعنده المشاع يقبله وهو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو
الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق
من الوجه الذي ذكرناه وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق (الدوام م)
الحبس ولو جوزناه في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فيصير كما اذا قال رهنتك
يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث
يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك غرامة القسمة وهي فيما يحتمل القسمة ولان الحكم
في الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله وان
كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى
الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما
ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه
لا يمنع لان حكم البقاء اسهل من الابتداء (فاشبه الهبة م) وجه الاول ان الامتناع
لعدم المحلية وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح
بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك وانما عرف اشتراط القبض في الابتداء
لنفي الغرامة على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع
في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة
على رؤوس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض ولا رهن النخيل
في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى الشائع

وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخل دون الثمر
لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان متصلا
بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة ان رهن
الارض دون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار
بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء (لان البناء م) اسم للمبني فيصير راهنا جميع
الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه
مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله
به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل دون الثمر جائز
فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف (المتاع م) في الدار حيث لا يدخل في رهن
الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في
رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن
الدار والارض والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه
ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل
كله لان الرهن حصل كانه ورد على الباقي ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن
الحمل دونها حيث يكون رهنا اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به
فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف
ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام
حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة
الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات
كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب
الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع
لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط
الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون
مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح

عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه
ولو كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك
باطل والكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل
الوجوب واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا تجوز اما الكفالة فلالتزام
المطالبة والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة
ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل
الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف
الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك
في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود
باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى
حكمه كالمقبوض على سوم الشراء اذا هلك قال ويصح الرهن برأس مال السلم
وبثمن الصرف والمسلم فيه وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال
لعدم المجانسة وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في
المالية فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن
بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار
للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم في
مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان
افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم
فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو
تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه
لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته ولو هلك
الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا
بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه
لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذلك لو
اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشترى في يد
المشتري يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد لان
حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في

الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص
في النفس وما دونها لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان استيفاء
الارش من الرهن ممكن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا
بالعبد الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه
شيء ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون
ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء
في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان
كان المرتهن ذميا لم يضمن للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى
ذلك فيما بينهم لان الخمر مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنها
وارتهانها فيما بينهم كما لا يجوز بين المسلمين قال ولو اشترى عبدا ورهن
بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا او الخل خمرا او الشاة ميتة
فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته
شيئا ثم ظهر انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح
عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا
قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا
لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن
بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي
بمنزلة الاب في هذا الباب لما بينا وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما
وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان
في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا
نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير
المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب والوصي موفيا له ويضمنه
للصبي لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه توكيل بالبيع
وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسئلة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال
الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند ابي
يوسف لا تقع المقاصة وكذلك وكيل البائع بالبيع والرهن نظير البيع نظرا الى عاقبته
من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر

لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته
مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو
ارتهنه الوصي من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه
وكيل محض والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو
قاصر الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا بالاب والرهن من ابنه الصغير
ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الراهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير
وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع
من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة
للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان
الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء
واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس
للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة
تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن
رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه معير الرهن
وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع
عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين
فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن
الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي
لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان
فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا
على ما نبينه ان شاء الله والمال دين على الوصي معناه يطالب به ثم يرجع بذلك
على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو
استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة
نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي
ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال

في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كان قيمته مثل الدين اداه
الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على اليتيم فالتقيا
قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى
الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من
الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة
رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل
كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى
هلك في يده يضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير
ليس بغصب وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم وحفظه قال في كتاب الاقرار
واذا اغتصب الاب او الوصي مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه
لان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه ان كان
قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بغاصب بل هو عامل له وان كان
لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذه بدينه ويرجع الوصي
على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فيكون محلا للرهن فان رهنت بجنسها
هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند
المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار
الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا
مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع
فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب
في الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما
باعتبار القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر
الدين مستوفيا فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور
لهما انه لا وجه الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار
القيمة لانه يؤدي الى الربا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض
ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند
المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء

بالإجماع ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان لأنه لا بد
من مطالب ومطالب وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين فتعذر
النقض وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم
بالزيافة وهو معروف غير أن البناء لا يصح على ما هو المشهور لأن محمدا فيها
مع أبي حنيفة وفي هذا مع أبي يوسف والفرق لمحمد أنه قبض الزيوف ليستوفي
من عين حقه والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من
محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عنده بالتضمين ولو انكسر الإبريق
ففي الوجه الأول وهو ما إذا كانت قيمته مثل وزنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف
لا يجبر على الفكاك لأنه لا وجه إلى أن يذهب شيء من الدين لأنه يصير قاضيا
دينه بالجودة على الانفراد ولا إلى أن يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر فخير
إن شاء افتكه بما فيه وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه أو من خلاف جنسه
فيكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد إن شاء افتكه
ناقصا وإن شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لأنه
لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين
بالإجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه أن
يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله بالدين إغلاق الرهن وهو حكم
جاهلي فكان التضمين بالقيمة أولى وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كانت قيمته
أقل من وزنه ثمانية يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه أو رديا من جنسه وتكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لأنه يعتبر حالة
الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثالث وهو ما إذا
كانت قيمته أكثر من وزنه اثني عشر عند أبي حنيفة يضمن جميع قيمته وتكون رهنا
عنده لأن العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فإن كان باعتبار
الوزن كله مضمونا فيجعل كله مكسورا وإن كان بعضه فبعضه وهذا لأن الجودة
تابعة للذات ومتى صار الأصل مضمونا استحال أن يكون التابع أمانة وعند أبي
يوسف يضمن خمسة أسداس قيمته ويكون خمسة أسداس الإبريق له بالضمان
وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة أسداس المكسور
رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كأن وزنه

ني

اثني عشر وهذا لأن الجودة متقومة في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف
جنسها وعند تصرف المريض وإن كان لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا
فأمكن اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات
مع جميع شعبها **قال** ومن باع عبدا على أن يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز
استحسانا والقياس أن لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باع على أن
يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس أنه صفقة في صفقة وهو
منهي عنه ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما ومثله يفسد البيع
وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الكفالة والرهن للاستيثاق وأنه
يلائم الوجوب فإذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه
المعنى وهو ملائم فصح العقد وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان
الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه
فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح ولو امتنع المشتري عن تسليم الرهن
لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لأن الرهن إذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة
المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن
على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن
وإن شاء فسخ البيع لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير بفواته إلا أن
يدفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لأن يد
الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة **قال** ومن اشترى ثوبا بدراهم
فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن لأنه أتى بما
ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء والعبرة في العقود للمعاني
حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة في ضده كفالة
وقال زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف لأن قوله أمسك يحتمل الرهن و
يحتمل الإيداع والثاني أقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك
أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده إلى الإعطاء
علم أن مراده الرهن والله أعلم

فصل

ومن رهن عبدين
بألف درهم فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين و
حصة كل واحد منهما ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لأن الرهن محبوس

بكل الدين فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين
فصار كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد من الاعيان جزءا من المال
الذي رهنه فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا
ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه
الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الاخر الا ترى
انه لو قبل الرهن في احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين
بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف
الى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين
وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة
من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله قال فان تهايئا فكل
واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر قال والمضمون على كل واحد
منهما حصته لان عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء
مما يتجزى قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الاخر لان
جميع العين رهن في يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا
ادى احد المشتريين حصته وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا
فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع
الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد
منهما البينة على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان
كل واحد منهما اثبت ببينته انه رهنه كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد
بالكل لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك
في حالة واحدة ولا الى القضاء بكله لواحد منهما بعينه لعدم الاولوية ولا الى
القضاء لكل واحد منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل به وتعين
التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما
وحمل عليه كما في الشهادات هذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف
ما يقتضيه الحجة لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في
الاستيفاء وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء
وليس هذا عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا اخذ به

لقوته

لقوته واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال
ولو مات الراهن والرهن في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا
كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة
ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء
حكم اصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع
كما في حالة الحياة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه
وحكمه في حال الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع
في الدين والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعت
اختان النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حال الحياة ويقضى بالميراث
بينهم بعد الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

على يد [illegible] العدل قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد العدل جاز
وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا
يرجع عليه عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد
المالك في الحفظ اذ العين امانة في يده وفي حق المالية يد المرتهن لان يده
يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن
وانما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق لانه امين عنه في حفظ العين كالمودع
قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في
الحفظ بيده وامانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق
الاخر فلو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن
وهو المضمون ولو دفع العدل الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن
في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الاخر والمودع
يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما
وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده
لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان ياخذاها منه و
يجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع الى القاضي
ليفعل ذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة
بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول

والعبد بيدهم

العدل

الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد
وان كان ضمنها بالدفع الى

الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده يأخذها اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل

قال وإذا وكل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لا ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا ترى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لم ينعزل لانه لم يوكله وانما وكله غيره. وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو بطلت انما تبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم

قال وللوكيل ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه لا برأي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعدما صار رأس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعدما صار اعيانا قلنا التوكيل حق لازم يمكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع

قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة للوجهين ان في الاباء اتواء الحق بخلاف الوكيل لان الموكل يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر اعتبارا بالوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب

في الجامع الصغير وفي الاصل وإذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما

قال وإذا باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه فاذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل وان كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن

فقبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع كما في الوكالة
المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته عهدة فلا يرجع
به على الموكل بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون بيعا
لحقه قال رض هكذا ذكر الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع
قال وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء
ضمن المرتهن وان شاء ضمن الراهن لان كل واحد متعد في حقه بالتسليم او بالقبض
فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء وان ضمن
المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن
واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار
الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا
طعن ابي خازم القاضي رحمه الله والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم
كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك بحكم ذلك سابق فلم يكن
الراهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند
الملك اليه فتبين انه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام في كفاية المنتهى **باب**
الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره **قال** واذا باع الراهن الرهن
بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على اجازته
وان كان الراهن يتصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله تتوقف على اجازة الورثة فيما
زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي
بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي
موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل
حقه الى بدله هو الصحيح لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون
اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط
رأسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان
يجيز وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما ثبت
صيانة لحقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى

يفتك

يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي
وللقاضي ان يفسخ لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار
كما اذا ابق العبد المشترى قبل القبض فانه يتخير المشتري قبل القبض لما ذكرنا كذا هذا ولو باع
الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا على
اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز
الثاني ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره واجاز المرتهن هذه العقود
جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه
لتعلق الفائدة به اما لا حق له في هذه العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في
الاجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته
اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق **قال** ولو اعتق الراهن
عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان
في تنفيذه ابطال حق المرتهن فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ
في بعض اقواله لانه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق العبد المستأجر
لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يستأجر اما لا يبقى الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب
اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل
القبض او اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي و
عارض الرهن لا ينبئ عن زواله ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في
اليد بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد
فلما لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام
القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية
عند ابي حنيفة رحمه الله واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك ان كان
موسرا والدين حالا طولب باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة يقع المقاصة
بقدر الدين فلا فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت
رهنا مكانه حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فاذا حل
الاجل اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد
في قيمته وقضى بها الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه من جهة
المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان قال رضي الله عنه

واذا به اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فذكر انه
ثم يرجع بالسعي على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع
عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه لانه انما يسعى لتحصيل
العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فصار
كمعير الرهن ثم ابو حنيفة رحمه الله اوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار
وفي العبد المرهون بشرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من
حقيقة الملك الثابت للشركاء فلذلك اوجب السعاية هنا في حالة واحدة وهناك في حالتين
رعاية بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا رواية عن
ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان البائع لا يملكه في
الاخرة ولا يستوفيه من عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالاعارة من المشتري والمرتهن
لا يبطل حقه بها ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حتى يملك الاسترداد فلو اوجب
السعاية فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر المولى برهن عبده بان قال
له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر
هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال يملك التعليق فيه
لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية قال ولو دبره الراهن
صح تدبيره بالاتفاق عندنا ظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع البيع على اصله
ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو
ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية اذ
لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمنهما على التفصيل الذي
ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع
الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة
لان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين
فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال
المولى والمعتق يرجع عليه لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين ان كان
مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر
العوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد
قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه واذا

قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك
الراهن الرهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن
لقيامه مقام العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون
رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب
على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم الرهن
الفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة
الزائدة كانه هلك بآفة سماوية والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم
الهلاك لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند
الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكانت
رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه فاذا حل الدين وهو على
صفة القيمة استوفى المرتهن منها دينه لانه جنس حقه ثم اذا كان فيه فضل يرده
على الراهن لانه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن فان نقصت عن الدين بتراجع
السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة
وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره و
يعتبر قيمته يوم القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه
الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن
ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن
فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان
يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الا يرى انه لو هلك
الراهن قبل ان يرده على المرتهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء وهذا
لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال الا
يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي
عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
وكذلك لو اعار احدهما اجنبيا باذن الآخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد
منهما ان يرده رهنا كما كان لان لكل واحد منهما حقا فيه وهذا بخلاف الاجارة
والبيع والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا
يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة

مبتدا لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما العارية
لم يتعلق بها حق لازم فافترقا واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك
قبل ان ياخذ في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذا اذا هلك بعد
الفراغ من العمل لارتفاع يد العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد
العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن
بالاستعمال لما بينا ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو
جائز لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد جميعا
وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا
في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي
الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد
مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان ايضا لان
غرضه ان يكون مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد بالجنس وبالمرتهن
وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص في
الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن
فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء
ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن كما بينا في الاستحقاق
وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك
عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب
على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون
القبض بذاته لانه برضاه وكذا ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه ووجب
مثله لرب الثوب على الراهن لما بينا وان كان قيمته اقل من الدين ذهب
بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته
وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين
فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه
غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على
الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا
تفريغ ذمته وكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل

ان

ان يرهنه او بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا دينه بماله وهو الموجب على ما مر
ولو اختلفا في ذلك فالقول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في حال الرهن
كما اذا اختلفا في مقدار ما امره به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله
فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك
في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه
كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن
سلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة
ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير
قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق وقد تكون رهنا عنده الى
ان يقبض دينه فيرده الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار
عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنها ثم رهنهما بمال
مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد
برئ عن الضمان حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا
افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد ذلك من غير
صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة
بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فبرئ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه
فلا يبرأ بالوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود الامر وهو
الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن على الرهن
مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق
الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت يمنع نفاذ تصرفه فيما وراء الثلث
والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبدا يقوم مقامه
قال وجناية المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون
الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه
لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى ماله هدر وهذا
عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال اما الوفاقية فلان جناية المملوك على المالك هدر لانه لو اعتبرت كان الضمان
عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان الملك عند اداء الضمان يثبت

غاصب مستندا حتى يكون الكسب له فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهذا كان الخلاف
ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيتخير ان
شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن فان قال المرتهن لا
اطلب الجناية فهو رهن على حاله ولهذا ان هذه الجناية لا اعتبار لها فان المرتهن كان عليه التطهير
والجناية لانها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها
لانه لا يملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع
وعنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف
جناية الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت
قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة
قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط
الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله وهو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص
العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع
حتى لا يثبت الخيار به ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان بفوات
جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان
السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف
في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق
المستحق وان كان مقابلا بالدم على اصله حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى
استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع
على الراهن بشيء لان يد الرهن يد الاستيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته
كانت في الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان
يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي
تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من
غير فعل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال
وان كان امر الراهن ان يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فرجع

بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان
كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك ههنا قال وان قتله
عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن
بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة له ان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه
اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم
مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين
عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا قام المدفوع مقامه ولمحمد في الخيار ان المرهون
تغير في ضمان المرتهن فيتخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد
الغاصب يتخير المشتري والمغصوب منه فكذا ههنا ولهما ان التغير لم يظهر في نفس العبد
لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع ان عين الرهن امانة عنده فلا
يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بخلاف
البيع لان الخيار فيه حكمه الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لان تملكه باداء
الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد
يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطاء
فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل
فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت
في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد
او افده بالدية لان الملك في الرقبة له قائم وانما كان على المرتهن الفداء لقيام حقه
فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع
والفداء فان اختار الدفع سقط الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار
كالهلاك وكذلك ان فدى لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو
الفداء بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن
بالدفع او الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج عن الرهن
ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو
استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لحق
العبد فدينه على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في الدين الا ان

دين يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع
العبد فيه اخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن
وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين
المرتهن او اكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى
هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن
بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين
المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان
كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد
لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد
العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة
العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد قيل لهما افديا لان النصف منه
مضمون والنصف امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان
اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الجناية من المرتهن لما بينا
وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا اما
المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال
حق المرتهن وكذا في جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان
كان الراهن لا يملك الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في الفداء
غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن
ولاية الدفع لانه ليس بمالك فيختاره وكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الامانة
حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن فيلزمه والحال
كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع مع الحضور ويستبين
القول فيه ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه
يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لان سقوط الدين امر لازم
فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل
الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان
العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن وهو
ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه ادى في نصفه فيبقى العبد

رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن
متطوعا وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن
متطوع في الوجهين جميعا لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا
كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان
الراهن غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا
باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين
لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن
المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان
القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر في نصب
الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين
فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين ان يردوه لانه
آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى دينهم
قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم
آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا
بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه قال
رض وفي رهن الوصي تفصيلات ذكرناها في كتاب الوصايا **فصل**
ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن
بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن
محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى
العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة
قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم
لان الرهن يتقرر بالهلاك فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا
ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك
قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن يتقرر بالهلاك على ما بينا ومن مشايخنا من يمنع
مسألة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل اللبن والثمر
والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق
لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل

بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ العقد لا يثبت ولها وان هلك الاصل وبقي
النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك
لان الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي كولد المبيع فما اصاب
الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا في وقته والتبع يقابله شيء اذا صار
مقصودا كولد المبيع وما اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل فيه تخرج على
الاصل وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع الصغير والزيادات
ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت
فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك لانه اباحه فيصح تعليقه
بالشرط والخطر لانه اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين
لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين
على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب
اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه والمنفعة فكان مضمونا
عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولدها اذا اذن له الراهن
في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال وتجوز الزيادة في
الرهن ولا تجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال
ابو يوسف رحمه الله تجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله
لا تجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه
في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع
والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة والامكان
ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع
عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين وهو غير مانع من صحة الرهن
الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق
باصل العقد غير ممكن في طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق
على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه والالتحاق في اصل العقد في بدل العقد بخلاف
البيع لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه الزيادة
قصدية يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى

لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضت خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين
الف يقسم الدين اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا
بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فتعتبر
قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد
مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد
عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت
الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض
فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال
وان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا اخر قيمته الف رهنا
مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر امين حتى
يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان
فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا
يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه فاذا رد الاول دخل الثاني في
ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن
يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على اخر جياد فاستوفى زيوفا
ظنها جيادا ثم علم الزيافة وطالب بالجياد واخذها فان لم يكن والامانة في يده لم
يرد الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بينا
من قبل وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد
على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين
ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك
بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند توهم الوجود
كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا
احدث منعا لانه يصير غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت المرأة
رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت
منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن
شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او
بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى

لا بدخولهما مع

من المستوفي منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء
يسقط الدين اصلا كما ذكرناه واما الاستيفاء فلا يسقطه لقيام الموجب الا انه يتعذر
الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك
يتقرر الاستيفاء الاول وانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين
عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك اذا احال الراهن المرتهن
بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة
بطريق الاداء ولانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحال عليه او ما يرجع
عليه به ان لم يكن للمحيل على المحال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا
على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق
على قيامه فتكون جهة الاستيفاء باقية بخلاف الابراء والله تعالى اعلم

كتاب الجنايات

القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ
والقتل بسبب والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام قال فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح
او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان
العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمدا
فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم
خالدا فيها الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد اجماع الامة قال
والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الى آخر الآية الا انه تقيد
بوصف العمدية لقوله عم العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة
الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك قال الا ان يعفو
الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا
برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل
~~وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين~~ مدفعا
للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق
العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب والمروي من السنة
ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء
زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن
بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند

الش

الشافعي يجب لان الحاجة الى التكفير في العمد امس منها اليه في الخطأ فكان ادعى الى
ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها ولان الكفارة
من المقادير وتعينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان
الميراث لقوله عم لا ميراث لقاتل قال وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد
الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقالا وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر
عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه يتقاصر
معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا لما انه يقصد به غيره كالتأديب
ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل
كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط
والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن
استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى
الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب ذلك على
القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ والدية
المغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من
بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رضي الله عنه
وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان الميراث
لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث ومالك
رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في
القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم
وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة
والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي
على العاقلة في ثلاث سنين لما بينا ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد
اثم القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في
التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث
لان فيه اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ
فاصاب موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى
بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على

رجل فيقتله فهذا حكم الخطأ في الشرع وأما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير
ملكه وموجبه إذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل
موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي
يلحق بالخطأ في أحكامه لأن الشرع أنزله قاتلا ولنا أن القتل معدوم منه حقيقة فألحق به
في حق الضمان فبقي في حق غيره على الأصل وهو إن كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت
على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس
فهو عمد فيما سواها لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص
إتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد إذا قتل عمدا أما العمدية فلما بينا وأما الحقن الدم
على التأبيد فلينتفي شبهة الإباحة وتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر
بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد
ومن ضرورة هذه المقابلة أن لا يقتل حر بعبد ولأن مبنى القصاص على المساواة
وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد
بالعبد لأنهما يتساويان وبخلاف العبد حيث يقتل بالحر لأنه تفاوت إلى النقصان
ولنا أن القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي بالدين أو بالدار ويستويان
فيهما وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عم
لا يقتل مسلم بكافر ولأنه لا مساواة بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث
الشبهة ولنا ما روي أن النبي عم قتل مسلما بذمي ولأن المساواة في العصمة
ثابتة نظرا إلى التكليف أو الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل بمثله
يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده
والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن لأنه غير محقون الدم على التأبيد
وكذا كفره باعث على الحراب لأنه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا لقيام
المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى والزمن وبناقص الأطراف
وبالمجنون للعمومات ولأن في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص
وظهور التفاني والتقاتل قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عم لا يقاد الوالد بولده

وهو بإطلاقه حجة على مالك رحمه الله في قوله يقاد إذا ذبحه ذبحا ولأنه سبب لإحيائه
فمن المحال أن يستحق له إفناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء
مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من
قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا الوالدة والجدة
من قبل الأم أو الأب قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط
ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لأنه لا يستوجب
لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن
القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة الأبوة
قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل
ما فعل إن كان فعلا مشروعا فإن مات وإلا تحز رقبته لأن مبنى القصاص على
المساواة ولنا قوله عم لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب إليه
استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب التحرز كما في كسر العظم
قال وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك وفاء فله
القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف وقال محمد لا أرى في هذا قصاصا
لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء إن مات حرا والملك إن مات عبدا وصار
كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف
السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم
والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا
يبالى به بخلاف تلك المسألة لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء
وله وارث غير المولى فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى
إن مات عبدا والوارث إن مات حرا إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته
على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأول لأن المولى متعين فيه ولو لم يترك وفاء
وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ
الكتابة بخلاف معتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض لا ينفسخ
بالعجز وإذا قتل عبد الرهن لا يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لأن المرتهن
لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين فيشترط اجتماعهما
ليسقط حق المرتهن برضاه قال وإذا قتل ولي المعتوه وله أب فلأبيه أن يقتل

لانه في الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله ان
يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك ان قطعت
يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل لانه ليس له
ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس واستيفاء
القصاص في الطرف فانهم لم يستثنوا الا القتل وفي كتاب الصلح ان
الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء ووجه
المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف
العفو لان المقصود التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه لما
فيه من الابطال فهذا اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملك في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على
ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي
بمنزلة الاب في الصحيح الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي
بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة
وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء
البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم
كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى
لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد
منهما كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت
ومسئلة المولين ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد
قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد
الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعنده يجب وهو رواية
عن ابي حنيفة اعتبارا للآلة وهي الحديد وعنه انه يجب اذا جرح وهو الاصح على ما
قلنا وعلى هذا الضرب بسنجات الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل
النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة
فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما بينا وقيل هو بمنزلة السوط وفيه
خلاف الشافعي وهي مسئلة الموالاة وله ان الموالاة في الضربات الى ان مات

البعر

دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد
الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتأديب ولعله
اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه وعساه اصاب المقتل و
الشبهة دارئة للقود فوجب الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص
عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عنده يقتص
وعنده يغرق كما بينا من قبل لهم قوله عم من غرق غرقناه ولان الآلة
قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد
قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة غير معدة للقتل
ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم العمدية ولان القصاص ينبئ عن
المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدق
لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكم الزجر لان القتل بالسلاح
غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة وقد اومأت
اليه اضافته الى نفسه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة
وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا
فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه
في الظاهر فاضفناه اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين
فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد
نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا
الدية على ما نطق به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي
حذيفة رضه قضى رسول الله بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين
فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال عم من كثر
سواد قوم فهو منهم ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية
فمات من ذلك كله فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس
واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في
الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يغسل ويصلى عليه
وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه
اختلاف المشايخ على ما بيناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا واما

جناية آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصار تلف النفس
بثلثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية
فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه لقوله عم من شهر على المسلمين
سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا لدفع القتل
عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم دقول محمد رحه في الجامع الصغير فحق على المسلمين
ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر وفي الجامع الصغير
ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق
في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح لا يلبث
فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير وان كان لا يلبث ولكن في الليل لا يلحقه
الغوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا
قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما
قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في
ماله وقال الشافعي رحه لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف
انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون وللشافعي رحه انه قتله دافعا
عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه صار محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف
ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى
لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان
فعلهما مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا
معصوما حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان عصمتهما
حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل
البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب
الدية **قال** ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص
معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته
قال ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عم
قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في
الانتهاء وتاويل المسألة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل **باب**
القصاص فيما دون النفس ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان

كانت يده اكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة وكل
ما يمكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر
بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك **قال** وكذلك الرجل ومارن الانف
والاذن لامكان رعاية المماثلة **قال** ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص
لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان
المماثلة على ما قال في الكتاب تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتقابل
عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو مأثور عن جماعة من الصحابة **قال** وفي السن القصاص
لقوله تعالى والسن بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة
السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال** وفي كل شجة تتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا
قال ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي
الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة
في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد
ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان **قال** وليس فيما دون النفس شبه عمد انما
هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل هو الذي يختلف باختلافها
دون ما دون النفس لانه لا يختلف اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ
ولا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين
خلافا للشافعي في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ومعتبر الاطراف بالانفس
لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل
بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف
التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فلا يمكن اعتباره وبخلاف الانفس لان المتلف

ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر
للتساوي بينهما في الارش **قال** ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه
جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر العظم ولا
ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا **قال** واذا كانت يد المقطوع صحيحة
ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد
المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كاملا
متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي

التأنيس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها اقصاها فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا رضي
بالردي وكان الجيد فلو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما فلا شيء له
عندنا لان حقه متعين في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته
بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من قصاص او سرقة حيث يجب عليه الارش لانه اوفى
به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى **قال** ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه
وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته
يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مشينة فقط
فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعله ولا
يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيخير كما في الشلاء والصحيحة وفي
عكسه يخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة
في طول الراس وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار
لان المعنى لا يختلف **قال** ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف اذا
قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا انه ينقبض وينبسط فلا يمكن
اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض
الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا
قطع كلها او بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة
اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع
بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل** واذا اصطلح القاتل واولياء القتيل
على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه
شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله اعلم
الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط
عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي
والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع
وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال لانه مال واجب بالعقد والاصل في
امثاله الحلول كالمهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد **قال** وان كان
القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دميهما على الف فهو
على الحر وعلى المولى نصفان لان عقد الصلح اضيف اليهما واذا عفا احد

الشركا

الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص
وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية
خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون
السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من
عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات احدهما
عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية
تبقى حكما بعد الموت في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح واذا
ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين
وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل
والمقتول وهنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا
لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله
ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلث سنين وقال زفر يجب في سنتين فيما
اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت
يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه
والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه
عمد **قال** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رض فيه لو
تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص مزجرة
للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء وان قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين
قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين
وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف
الاول قتل لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته
له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو
القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف
الكمال فجاء التماثل اصله الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص
في الاولياء ولانه وجد من كل واحد منهم جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل واحد
منهم اذ هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء وقد حصل بقتله

كنفسه قال ومن وجب عليه القصاص اذا مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء
فيشبه موت العبد الجاني ويأتي فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده
قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية
وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذا سكينا وامراه على يده حتى انفصلت
له الاعتبار بالانفس والايدي تابعة لها فاخذت حكمها او نجمع بينهما بجامع الزجر ولنا
ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان الانقطاع حصل باعتمادهما والمحل متجزئ
فيضاف الى كل واحد منهما البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لان الانزهاق لا يتجزى
ولان القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل
في حيز الندرة لافتقاره الى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث قال وعليهما نصف
الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا
فلهما ان يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او
على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالاول وفي القران يقرع لان اليد
استحقها الاول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد
الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان
في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي فلا يظهر الا في حق
الاستيفاء اما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في
المحل فصار كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب تستحق رقبته لهما وان حضر
واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان للحاضر ان يستوفي لثبوت
حقه وتردد حق الغائب واذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر
في الدية لانه اوفى به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه
القود وقال زفر لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال
فصار كما اذا اقر بالمال ولنا انه غير متهم فيه لانه مضر به فيقبل ولان العبد مبقى
على اصل الحرية في حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص
وبطلان حق المولى بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى
آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول عمد والثاني
احد نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب به آدميا والفعل يتعدد بتعدد الاثر
والله اعلم فصل قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ

يده او قطع يده عمدا ثم قتله خطأ او قطع يده خطأ وبرأت يده ثم قتله خطأ
او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فانه يؤخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان
الجمع بين الجراحات واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل في الاعم يقع بضربات متعاقبة
وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد
تعذر الجمع في هذه الفصول في الاولين لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء
وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بان كانا خطأين يجمع بالاجماع لامكان
الجمع واكتفى بدية واحدة وان كان قطع يده عمدا ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ
يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال اقتلوه وهذا عند
ابي حنيفة وقالا يقتل ولا تقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع
بينهما وله ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب القود وهو
يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو متعذر
او لان الحز يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو صدر من شخصين يجب
القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف
ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة
ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية
فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا
يجتمعان قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه
دية واحدة لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق
التعزير فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل
ابي حنيفة وعن ابي يوسف في مثله حكومة العدل وعن محمد انه تجب اجرة الطبيب
وان ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب حكومة العدل لبقاء الاثر والارش
انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال واذا قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن
القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث منه ثم
مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن
النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى النفس ومات لهما
ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان

عنه عفوا عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون
العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية الساري
والمقتصرة كذا هذا ولابي حنيفة ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو
لم يتناوله بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه
فيه ونحن نوجب ضمانه فكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو الموجب للعمد
الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة
للقصاص ولا نسلم ان الساري نوع من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل
من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف
العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في
العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذا الوجه
وفاقا وخلافا اذ من ضرورته اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه
ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة
يتعلق به فيعتبر من الثلث. قال وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم
مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا ففي مالها
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث منه
عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه ثم القطع ان كان عمدا
يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير
السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج وان كان يتضمن العفو على
ما بينا لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه
قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص
على ما بينا واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يتقاصان ان كانا على السواء
فان كان في الدية فضل ترده على الورثة وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها
واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس
تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في
اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ والمهر لها
قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع

عمدا فلها مهر مثلها لان هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل
على ما بينا وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء له عليها لانه جعل
القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط
ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما
ترك وصية لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع
المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية ولا يصح في حق الزيادة على
مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال
ان يرجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما
انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج يسقط ثلثه وقال
ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد لان العفو عن اليد
عفو عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين. قال ومن قطعت يده
فاقتص له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل
عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن كان له
القود اذا استوفى طرف من عليه القود وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص
لانه لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا
منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون العلم به
قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص او لم
يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه استوفى
حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا شيء
عليه وكذا اذا سرى وما سرى او عفا وما سرى او قطع ثم حز رقبته قبل البرء او بعده وصار
كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان يجب القصاص الا
انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا سقط وجب المال وانما لم يجب في الحال
لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضروري
لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو او الاعتياض لما انه تصرف فيه فاما قبل ذلك فلم يظهر
لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فقلنا انما يتبين

كونه قطعا بغير حق الا انه حتى لو قطع واعتاه وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم
جز رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو جز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع
وان كانت تابعة في الكف فالكف تابعة لها وهنا بخلاف الطرف لانها ليست تابعة
للنفس من كل وجه **قال** ومن له قصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس
ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع ولا
يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في
وسعه فصار كالامام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان
حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات
الحياة في مجرى العادة وهو يسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة فوجب المال بخلاف
ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره
منها والواجب لا يتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا
وجوب اذ هو مندوب الى العفو فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر
البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان
كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على الآخر لهما في الخلاف
ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه
لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه
بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه
الخلافة دون الوراثة الا يرى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين
والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة وتعلق بها صيد بعد موته
فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد
البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغائب قد عفى فالشاهد
خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا
يمكن اثباته على الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك عبد بين
رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الذي بيناه **قال** فان كان الاولياء
ثلاثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفى فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما
لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل
فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما القاتل فقد اقر بثلثي
الدية لهما فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق
ويلزمه نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل
ايضا وهذا لانهما اقرا بالشهادة على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وقولهما العفو لا
يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو
عليه وهو منكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف
اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه
لاقراره بذلك **قال** واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه
القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص
على ما بيناه والشهادة على القتل العمد تتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب
انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتأويله اذا شهدوا انه ضربه
بشيء جارح **قال** واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي
كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او مكان غير القتل
في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح لان الحكم فيه عند الاول
شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما
قتله بعصا وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد
قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا
والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به
وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو
الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم المشهود عليه سترا عليه او لانهم
لم يتعرفوا العلم ظاهرا وردوا بطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا نوع علم فلا
يثبت الا خلاف الشك وتجب الدية في ماله دون العاقلة لان الاصل في القتل العمد فلا يلزم العاقلة
قال واذا اقر الرجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله
ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال
الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل
واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر
له والمشهود له في الثاني الا ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره

في الباقي وتكذيب للشهود وذلك هو فسق إذا شهد به بطل شهادته أصلا لأن التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول أما فسق المقر لا يمنع صحة الإقرار

باب في اعتبار حالة القتل ومن رمى مسلما فارتد المرمي إليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند أبي حنيفة وقالا لا شيء عليه لأنه بالارتداد أسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت وله أن الضمان إنما يجب بفعله وهو الرمي إذ لا فعل منه بعده فتعتبر حالة الرمي والمرمي إليه فيها متقوم ولهذا تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والبدل وإن كان عبدا فأعتقه وسقط ووجبت الدية ولو رمى إليه وهو مرتد فأسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا إذا رمى حربيا ثم أسلم لأن الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك قال فإن رمى عبدا فأعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند أبي حنيفة وقال محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميا إلى غير مرمي وقول أبي يوسف مع أبي حنيفة رح أن العتق قاطع للسراية وإذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما أنه يصير قاتلا من وقت الرمي لأن فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته بخلاف القطع والجرح لأنه إتلاف بعض المحل وأنه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فتصير النهاية مخالفة للبداية أما الرمي قبل الإصابة فليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل وإنما قلنا الرمي فيه فلا يجب به الضمان فلا تخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر وإن كان يخالف في وجوب القيمة نظرا إلى حالة الإصابة فالحجة عليه ما حققناه. قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لأن المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها وإذا رمى المجوسي صيدا ثم أسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وإن رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله أكل لأن المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الأهلية والسلب عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء وإن رمى حلال صيدا ثم أحرم فلا شيء عليه لأن الضمان إنما يجب بالتعدي وهو متعد في حالة الإحرام وفي الأول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فافترقا قال وفي شبه العمد الدية مغلظة

لو وجب شيء ثم

كتاب الديات صح

على العاقلة وقد بيناه في أول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزئ فيه الإطعام لأنه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف ولأنه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء أو لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزئه رضيع أحد أبويه مسلم لأنه مسلم به والظاهر سلامة أطرافه ولا يجزئ ما في البطن لأنه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية عند أبي حنيفة وأبي يوسف مائة من الإبل أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات في بطونها أولادها لقوله النبي عم ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل أربعون منها في بطونها أولادها وعن عمر رضي الله عنه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة ولأن دية شبه العمد مغلظة وذلك فيما قلنا ولهما قوله عم في نفس المؤمن مائة من الإبل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به ولا يثبت التغليظ إلا في الإبل لأن التوقيف فيه فإن قضى بالدية من غير الإبل لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الإبل أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود وأخذنا نحن به لرواية أن النبي عم قضى في قتيل قتل خطأ أخماسا على نحو ما قال ولأن ما قلناه أخف فكان أليق بحالة الخطأ لأن الخاطئ معذور وعشرون عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ما ذكرنا قال ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنا عشر ألفا لما روى ابن عباس أن النبي عم قضى بذلك ولنا ما روي عن عمر رض أن النبي عم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتأويل ما روى أنه قضى بدراهم كانت وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رح وقالا منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان

لان عمر رضه هكذا جعل على اهل كل مال منها ولان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة وعدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل وقيل هو قولهما قال ودية المرأة على النصف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضه ومرفوعا الى النبي عم وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث لا يتنصف والحجة عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عم جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر وما رواه الشافعي لم يعرف راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل الصحابة

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي عم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله عم لعمرو بن حزم رضه والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عم بالدية كلها في اللسان والانف وعلى هذا تنسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وهو النطق وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف قيل تقسم

على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر لانه تفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الرأس الدية وقال مالك وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الرأس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الرأس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود من العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد تجب حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي تجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عم قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عم

حديث سعيد

لعمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الاثنين
من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت احدهما
تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت
جنس المنفعة قال وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث
يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة
لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك اللبن وفي احداهما نصفها لما بينا قال وفي
اشفار العينين الدية وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان يكون مراده الاهداب مجازا كما
ذكر محمد في الاصل للمجاورة كالراوية وهي حقيقة في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال
على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب
واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي ثلاثة
منها ثلاثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون
باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي
كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان
في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال
قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة
فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت بقطع الكل منفعة المشي فيجب الدية
كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلاثة
مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع
وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام
في حديث ابي موسى رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس كلها سواء
لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في
اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه
القصاص وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية
كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها لان المتعلق تفويت جنس
المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت
جنس المنفعة وكذا لو احدبه لانه يفوت الجمال على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت
الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج

الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا
تسيله كالدمع من العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تبضع الجلد اي تقطعه
والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة
بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي التي تهشم
العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس
وهو الذي فيه الدماغ قال ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى
بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص
قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين
اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال
محمد ره في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة
فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر
ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة
عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو مأثور
عن النخعي وعمر بن عبد العزيز قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي
الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية
وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في
كتاب عمرو بن حزم ان النبي عليه السلام قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي
الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام
في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي
الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن والاخرى
من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا اوجب في النافذة ثلثي الدية قال
محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود
وما ذكرناه مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذا
شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب
لا جناية مقتصرة منفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس لغة وما كان في
غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو
الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو

انما ورد الحكم فيهما بمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منهما في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد يتحقق فيهما معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه

فصل وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف وعنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف والاصابع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها قال

ولو امراجع

الهيئة يجب ربع عشر الدية مع

الجمع م

قال وفي الاصابع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل وقال الشافعي يجب دية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا قال ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرنا قال وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كله لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود وصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة ولهما في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احداهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني

الجراحة م

الاولى سارية والكل بالقتل وليس في وسعه الباري فيجب المال ولان النفس و
حقيقة والحكم الثانية وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخرى فورثت شبهة
شبهة الخطاء في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف
ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت اخرى الى جنبها
فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة وقالا وزفر والحسن يقتص في الاولى وفي الثانية
ارشها والوجه من الجانبين قد ذكرنا وروى ابن سماعة عن محمد في المسئلة الاولى وهو
ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في
النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة لان الشلل لا قصاص فيه فصار
الاصل عند محمد على هذه الرواية ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص
توجب الاقتصاص كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب
البصر بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب
بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاول فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض
السن فسقطت فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على
الروايتين ايضا ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان
الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت
عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل ولو قلع
سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان
هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود
الى ما كانت عليه ولو قلع سن رجل فانتزع المقلوع سنه سن القالع فنبتت سن الاول
فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت
ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستانى حولا بالاجماع
وكان ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك القصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق
فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص
واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة
فيجب المال ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستانى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي
سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيمن سقط بضربه فالقول للمضروب

ليكون

ليكون التاجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث
يكون القول قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر فعله وقد مضى
الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب
وعن ابي يوسف انه تجب حكومة الالم وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو
لم تسقط لا شيء ولكنها اسودت يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في
ماله ولا يجب القصاص لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق
لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف
عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه و
قال محمد عليه اجرة الطبيب لانما لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ
ذلك من ماله واعطاه ولابي حنيفة ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بعقد او شبهة
ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها
فعليه ارش الضرب معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى في
الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط
ارش اليد لان الجناية من جنس واحد والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس
بجميع اجزائها فدخل الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة
لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس لان
الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها
مالها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما
يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وكل
ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا
عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد
والثاني يجب حالا لانه مال وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه
عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي تجب حالة لان الاصل ان ما يجب
بالاتلاف يجب حالا والتأجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال
وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون

مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم
التماثل والتقويم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى الزيادة
ولما لم يجز الحاق الثاني فهو لم ... له ولا يصدق على عاقلته لما روينا ولان الاقرار لا
يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ
وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون
وقال الشافعي عمده عمد حتى تجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه
تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب
الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل ولنا ان عليا رضي الله عنه جعل
عقل المجنون على عاقلته وقال عمده وخطأه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل
الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى
بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم
العقل والصبي قاصر العقل فانى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان الميراث عقوبة
وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب تستره لانهما مرفوعا
القلم **فصل** في الجنين واذا ضرب بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة
نصف عشر الدية قال رضي الله عنه يعني دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة
وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح
حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي عن النبي عليه السلام انه قال في الجنين غرة عبد او امة
قيمته خمسمائة ويروى او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو
مالك والشافعي وهي الغرة على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك في
ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه
دية حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث الا ان العواقل
لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين لانه بدل النفس
ولهذا يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن انه قال بلغنا ان رسول
الله عليه السلام جعل على العاقلة في سنة واحدة ولانه ان كان بدل النفس من حيث
انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث
وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من
نصف العشر يجب في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب عليه في ثلاث سنين

ويستوي

ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الحيين انما ظهر التفاوت لتفاوت
معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات
ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا بالضرب السابق وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية
بقتل الام وغرة بالقائها وقد صح ان النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت
الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الام ودية في الجنين
لانه قتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال
الشافعي تجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية
ولنا ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك
قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو
ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها الاب لانه
قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل **قال** وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف
عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام لانه
جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان
الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال
ابو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان الضمان
في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما عرف فصح الاعتبار على اصله قال فان ضربت فاعتق المولى
ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله
بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا
لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد
تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما تبين في العتاق ان شاء الله
تعالى **قال** ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله تجب لانه نفس من وجه فتجب
الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها
ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله
تعالى كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة
الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد و
انقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز من العلقة
والدم فكان نفسا **باب** ما يحدثه الرجل في الطريق قال ومن اخرج الى الطريق

الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد
صاحب حق بالمرور بنفسه ودوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فان لكل واحد حق
النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا ههنا في المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به
ما لم يضر بالمسلمين لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه اذ المانع متعنت فاذا
اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال وليس
لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا او ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم
ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم
وفي الطريق النافذ له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق
كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان
الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال واذا اشرع في الطريق
روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه سبب لتلفه
متعد بشغله هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط شيء مما
ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان عثر بذلك رجل
فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط
الميزاب نظر فان اصابه ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه
لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه
لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن
الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب نصف الدية وهدر
النصف كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا
للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة
في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان
على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق
جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احرق شيئا
لم يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد
افضى اليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع
فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا
لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت الكفارة

والقتل

والقتل غيرهم واما الفعل في يدهم فلم يسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعدما فرغوا فالضمان
على رب الدار استحسانا لانه صح الاستئجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم عمارة واصلاحا
فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب
به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه
لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة
قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر
انه لا يزلق به عادة لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش
لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه
فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش
جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها
جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا وان
استأجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فمات يجب الضمان على الآمر
استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر قال
ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان
تلف فيه بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون
المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر
والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه
ليس بمتعد فانه ما احدث فيه شيئا وانما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق
وتعقل به انسان كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب
به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بفعل
الثاني موضعا آخر وفي الجامع الصغير واذا حفر الرجل في الطريق بئرا فان امره
السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق
العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالافتيات على راي الامام
او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة
مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك ان حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا
اذا حفره في فناء داره لان له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان

ام. فلو كان او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا
بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمن لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق
ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه فلا يضاف
الى الحفر والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك
وان مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع فلا يختص بالبئر وقال محمد
هو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر
اجراء فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجراء ان لم يعلموا انها
في غير فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا بفساده فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا
مغرورين فصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك
يضمن الذابح ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن
ويرجع للغرور وهنا يجب الضمان على المستاجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير
غير متعد والمستاجر متعد فيرجح جانبه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح
امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي
حق الحفر فحفروا ومات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد
الامر وفي الاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له فما غرهم
لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان
فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه
قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان
على الذي جعل القنطرة وكذلك لو وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها
لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر
اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحفر قال ومن حمل شيئا
في الطريق فسقط على انسان فعطب فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان
وان كان رداء قد لبسه فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين
والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا
يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا لبس
ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق
واحد منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن فان كان الذي

فعل

فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن في الوجهين لان هذه
من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا فعله باذن واحد
من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب
الامام واختيار المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان يكون لهم
فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط
السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطا الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا
والطريق فيما نحن فيه الاستئذان من اهله قال وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل في الصلوة وان كان في
لم يضمن ان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا
لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء الصلوة او نام في غير
الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على هذا
الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة
بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة او لان المنتظر للصلوة
في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان فيها ولابي حنيفة ان المسجد انما بني للصلوة
وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا
والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو
مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا
وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره ولو جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلوة
فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان
مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه وحده. فصل
في الحائط المائل قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد
عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان
لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في
ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله وجه الاستحسان ان
الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه
وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير
متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل
الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب الضمان عليه يمتنع عن التفريغ

فيتقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط
فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم ما تلف به من النفوس تجب
الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى
كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب
ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد
وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد
ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح
الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن
ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح ويقبل شهادة
رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك
في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه
مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم
رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة
بالتفريغ فينفرد كل صاحب حق به. **قال** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار
خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة
بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل
ذلك ساكنوها فذلك جائز فلا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا
مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة المسلمين وليس
اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعدما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان
الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا
بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه
ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعدما طولب به والاصل انه يصح
التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم
اليه كالمرتهن والمستأجر وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك
بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام
في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى المكاتب لان الولاية
له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له ثم التالف

بالسقوط

بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى
لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم
الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح نصيبه
بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله
فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض
ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان
المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه
ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها واذا كان الحائط
بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته
وان كانت دار بين ثلاثة نفر فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه
ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين
لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا
قسمين فانقسم نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل ولابي حنيفة ان
الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة
وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة
ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها
صغرت او كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت
بيدها او رجلها او رأسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها
او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف
في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا
ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها
فيما لا يمكن الاحتراز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز
عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة
عنه والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن النفحة
فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به فيضمنه **قال** وان اصابته بيدها او رجلها

حصاة او نواة او اثار غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني يمكنه لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات السير فلا يمكنه الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به قال والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضه هكذا ذكره القدوري في مختصره واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليهم ما ذكرناه وقوله عم الرجل جبار معناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب **قال** وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او رجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان **قال** واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه

على ما ذكرناه

وقال زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر صح

لنفسه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن زفر انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه وهذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطأ لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي يوسف تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة **قال** ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذلك على هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة **قال** ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطأ فان وطئ بعير انسانا ضمن والدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تقدمه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه **قال**

لتقاعده

اذا هم

وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما متسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار تسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ عن ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها يضمنه لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا اذا ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم يكن له سائقا فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا يصلح الارسال مثبتا فلا يضاف فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذت الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهذه الوقفة تنافي مقصود المرسل وهو السير فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان انعطفت يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته قال ومن فقأ عين شاة لقصاب فعليه ما نقصها لان المقصود منها هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين [بقرة]

الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في ايجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فصارت كانها ذات اعين اربعة فيجب الربع بفوات احداها قال ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسببه والراكب في فعله غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بينا والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسته لانه امره بما يملكه اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لان الحافر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعله بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يأمره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي فانهم

لا يرجعون على الآمر لانه امر بالتسيير والايقاف وينفصل عنه وكذا اذا قاد وله ارسلها فاصطدمت
حتى عطب ويرجع على الآمر ثم ان نخس بامره في حالة الايقاف في فور النخس حتى يكون السوق مضافا
اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا
الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت في
فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه مضاف اليه وان نخس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان صبيا ففي ماله لانهما يؤاخذان بافعالهما
ولو نخسها بشيء منصوب في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك
الشيء لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه بها وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فتجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استئصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستأصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التأجيل في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه

سم

سلم العبد له فان لم يؤد شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد وجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية جعل كأن لم يكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فشابه البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير مختارا ولو باعه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى

بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرنا، ولأن فعل المأمور مضاف إليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار إذا
كان عالما بالجناية لأنه حبس جزءا منه وكذا إذا كانت بكرا فوطئها وإن لم يكن معلقا
بخلاف التزويج لأنه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لأنه
لا ينتقص من غير إعلاق وبخلاف الاستخدام لأنه يختص بالملك ولهذا لا يسقط خيار
الشرط ولا يصير مختارا بالإجارة والرهن في الأظهر وكذا بالإذن في التجارة وإن
ركبه دين لأن الإذن لا يفوت الدفع ولا ينتقص الرقبة إلا أن للولي الجناية أن يمتنع من
قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده إن قتلت
فلانا أو رميته أو شججته فهو مختار للفداء إن فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا لأن وقت فأنت حر
تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا يرى أنه لو
علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت
العتق والطلاق لا يحنث في يمينه تلك كذا ههنا ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية
والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى
أن من قال لامرأته إن دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت
الدخول وكذا لو قال لها إذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات
من ذلك المرض يصير فارا لأنه يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما أورد لأن غرضه
طلاق أو عتق يمكنه الامتناع عنه إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه
ولأنه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى ما يدعو إليه والظاهر أنه يفعله فهذا
دلالة الاختيار قال وإذا قطع العبد يد رجل عمدا فدفع إليه بقضاء أو بغير قضاء
فأعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية وإن لم يعتقه رده على المولى وقيل
للأولياء اقتلوا أو اعفوا ووجه ذلك وهو أنه إذا لم يعتقه وسرى تبين أن الصلح
وقع باطلا لأن الصلح كان عن المال لأن أطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين
أطراف الحر وإذا سرى تبين أن المال غير واجب وإنما الواجب هو القود فكان
الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما إذا وطئ المطلقة الثلاث
في عدتها مع العلم بحرمتها عليه وجب القصاص بخلاف ما إذا أعتقه لأن إقدامه على
الإعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لأن الظاهر أن من أقدم على تصرف يقصد
تصحيحه ولا صحة له إلا أن يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص
عليه ورضي المولى به يصح وقد رضي المولى به لأنه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل

كون

كون أرشه رضي بكونه عوضا عن الكثير فإذا أعتق يصح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء وإذا لم
يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأول وقع باطلا فيرد العبد إلى المولى والأولياء على
خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة
يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال فالعبد صلح
بالجناية إلى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد إشكالا فيما إذا عفا عن اليد ثم سرى إلى
النفس ومات حيث لا يجب القصاص هناك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس
فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه أن العفو
عن اليد صح ظاهرا لأن الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك
وإن بطل حكما يبقى موجودا حقيقة فكفى ذلك لمنع وجوب القصاص أما ههنا الصلح لا يبطل
الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال فإذا لم يبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه
فإذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه قال وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه
ألف درهم فأعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة للأولياء
الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء
والبيع للغرماء فكذلك عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن
يجب يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي حيث
قيمة واحدة للمولى وتدفع إلى الغرماء لأن الأجنبي إنما يضمن للمولى بحكم الملك
فلا يظهر في مقابلته الحق لأنه دونه وههنا يجب لكل منهما بإتلاف الحق بلا ترجيح فيظهران
فيضمنهما قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه يباع الولد معها
في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب
في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن
وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية قال وإذا كان العبد لرجل
زعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا شيء له لأنه لما زعم
أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق
على العاقلة من غير حجة قال وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا
عبد وقال الآخر قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه
أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب

ما جناه العبد على المولى وقت او فداه وصار كما اذا قال العاقل البالغ طلقت امراتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او قال طلقت امراتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا **قال** ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الاولى وكما في الوطي والغلة وفي الشيء القائم امر برده لانه اعترف ان الاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي تنكر والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقودة فان القول قول المقر له وهذا لانه اسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطي والغلة لان وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان **قال** واذا امر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية **قال** وكذلك ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغير لان عمده خطاء اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد **قال** واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف

اذا كان القتل خطاء وكذا ح

وبقي

وبقي النصف فان كان قتل احدهما عمدا والاخر خطاء فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة الاف لولي الخطاء لانه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطاء في كل الدية عشرة الاف وحق ولي العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطاء وثلثه لولي العمد عند ابي حنيفة رح وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لولي الخطاء وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لولي الخطاء بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الاخر فيتنصف فلهذا يقسم ارباعا وعند ابي حنيفة يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر واضداد ذكرناها في الزيادات **قال** واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ قتل وليا لهما والمراد القريب ايضا وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة وذكر في الزيادات ان عبدا قتل مولاه وله ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة رح ومحمد وعند ابي يوسف الجواب فيه كالجواب في مسألة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف في المسألتين ان حق القصاص ثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق القصاص له ...

فصل ومن قتل عبدا خطاء فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضي له بعشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية يجب خمسة الاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاء العقد ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمي ولان فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى

بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص ولا يزاد الى الدية. فكذلك امرها في الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمي الا انه لا سمع فيه فقدرنا بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس قال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه. وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية قال ومن قطع يد عبده فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لم يجب القصاص في الوجه الاول للاشتباه في المستحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون الحق للورثة فتحقق الاشتباه وتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لآخر اذا قتل لان لكل منهما حقا ثابتا من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه. ولمحمد في الخلافية وهي ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد يصير مالكا على اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فيقضى منه ديونه وينفذ وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان

يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق فاذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق كما ذكرناه لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الفصل الثاني قال وان قال لعبديه احدكما حر ثم شجهما فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة والاحكام مرددة صحة التصرف واثبت له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المالك على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع اليه الثوب وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان ولابي حنيفة ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها

الاستيلاد لا يوجب الجناية على المولى لان يمتنع بيعها ثم احكام الاولاد ان لا كم
على الاجزاء ولا تملك البيع وفي احكام الثانية ان يتقسم ويملك البيع نحو فعلى التلبس
خلفها في الحكم **فصل** في جناية المدبر وام الولد **قال** واذا جنى المدبر او ام
الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة انه قضى بجناية
المدبر على مولاه ولانه صار مانعا عن تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد من غير
ان صار مختارا للفداء فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية والمولى لا يعلم وانما يجب الاقل من قيمته
ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من
القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد في جنس واحد لاختياره الاقل لا محالة
بخلاف القن لان الرغبات صادقة في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء
وجنايات المدبر وان توالت لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا منع منه الا في رقبة واحدة
ولان دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فكذا هذا ويتضاربون بالحصص فيها
وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق **قال**
فان جنى جنايات اخر وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى بقضاء فلا شيء عليه لانه مجبور
على الدفع **قال** وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء
اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا شيء على المولى
لانه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وصار كما اذا
دفع بالقضاء ولابي حنيفة ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى
ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي
الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة
في حق التضمين لابطاله ما تعلق به من حق ولي الجناية عملا بالشبهين **قال** واذا اعتق
المولى المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه بالمنع
فصار وجود الاعتاق من بعد وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لان
الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير واذا اقر المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء
عتق او لم يعتق لان موجب جناية الخطأ على سيده واقراره به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك **قال** ومن قطع يد
عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع
يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق ان الغصب

قاطع

(هامش: الجناية ثم — فيتبع ولي الثانية ولي الاولى فيشاركه فيما اخذ ثم)

قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته اقطع
ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى
متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان
قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور
عليه مؤاخذ بافعاله ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه
فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه
عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء فيصير ضامنا لبدل الجناية اذ هو قيمته ولم يمنع الا رقبة
واحدة فلا يزاد على قيمته ويكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب **قال**
ويرجع المولى بنصف القيمة على الغاصب لانه استحق نصف العبد بهذا السبب **قال** ويدفعه الى
ولي الجناية الاولى ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يرجع بنصف القيمة فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية
الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا
يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما
انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا ياخذه ليتم
حقه واذا اخذه منه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد
الغاصب **قال** وان كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان لما بينا ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الاول غير ان
استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذ كانت هي في يد الغاصب فيدفعه الى ولي الجناية
الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالاجماع ثم وضع المسئلة في العبد فقال ومن غصب عبدا
فجنى في يده جناية ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين
ويرجع بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في
جميع ما ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة **قال** ومن غصب
مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفان لانه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بالقيمة على الغاصب
عوض ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل في

(هامش: استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما اذا استحق — الاولى)

دون الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاولى لانه يستحق كل القيمة لان
عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد **قال** ويرجع
على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية
ولا الى الجناية الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك
اليه ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد
ان في الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم لولي الجناية الاولى لان الثانية كانت في يد
المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق اما في هذه المسئلة يحتمل ان يكون عوضا عن
الثانية لانها كانت في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرنا **قال** ومن غصب صبيا حرا فمات
في يده فجاءة او بحمى فليس عليه شيء وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب
الدية وهذا استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان
الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا لا رقبة فاذا كان حرا رقبة ويدا اولى
وجه الاستحسان انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله
الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون
في كل مكان فاذا نقله اليه فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف
اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت
فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض
نقول بانه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا **قال** واذا اودع صبي عبدا
فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه
لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف
والشافعي يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي
وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي
ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر
وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت
الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد
انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت
حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا

ولي

اقام

اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي
على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت
الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا
اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره **قال**
وان استهلك مالا ضمنه يريد به من غير ايداع لان الصبي يؤاخذ بافعاله وصحة القصد لا معتبر
بها في حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله
استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي
ان كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضي لهم بالدية على المدعى عليه
عمدا كان الدعوى او خطأ وقال مالك يقضي بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد
وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه
او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان
اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين
بل يردها على الولي فان حلفوا فلا دية عليهم للشافعي في البداءة بيمين الولي قوله عليه
السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا
تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على
المدعي اصل له كما في النكول غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها
والمال يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على
المدعى عليه وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم
لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي
الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة
وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولي لان اليمين حقه
والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة
ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يباشرون و
يعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ ما يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا
في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال** فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا
يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل
تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهدت في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى

الذي وضع في يده المال ح

ثم ح

على من انكره

اليهود ح

ولنا ان النبي م جمع بين الدية والقسامة في حديث زياد بن ابي مريم وكذا جمع بينهما على وادعة وقوله ثم يبرئكم اليهود محمول على الابراء في القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئ عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة في القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينها وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا تسقط ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد والخطأ لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم سنذكره في آخر الباب ان شاء الله تعالى قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجبة بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على اهلها قال وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارق عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن

الا ان

الا انا الحقنا الاكثر بالكل تعظيما للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي م اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى الا يرى ان النبي م جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي م اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على اهل الخطة دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك

يعتبر قرابة اهل الخطة لا مباشرة وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين
لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم او يزاحمهم ولو وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة ان كانوا
حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره
فلا تشاركه غيره فيها كاهل المحلة لا تشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمهم
نصرة البقعة كما لزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال وان وجد
القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال
لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير
فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى
وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي
في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار
فعلى عاقلة الذي تصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ ولا يجب الا على من
له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار
دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار
يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر ولابي حنيفة ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك
الا ترى انه يقتدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد
وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا وان كان
الخيار للبائع فهو في يده مضمونا عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقتدر على الحفظ قال
ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده
لانه لا بد من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها
محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في
الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من
فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين
فيها وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك وغير المالك في ذلك سواء وكذا العجلة
وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد دون

ملك

الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة
على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة
فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسور العامة ومال
بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف
يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي
فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال
وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير
اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه
يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة الملك والسكنى وهي مختلف فيها
بين ابي حنيفة وابي يوسف قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر
وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث
من غيره فلا يوصف بالتقصير فلا يجب عليه شيء وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت
فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد ذكرناه
وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد ولا في ملكه وان كان
محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص
بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من هو اقرب منه الا ترى
انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيه بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة
لاختصاص اهله به لقيام يدهم عليه فيكون القسامة والدية عليهم قال وان ادعى
الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه
القياس والاستحسان قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق
ما بينا وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم
لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان ذلك بيان ان القاتل
ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم قتلة تقديرا حيث لم ياخذوا
على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا
ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه قال واذا التقى قوم بالسيوف
فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء

على ذلك او على رجل منهم بعينه فلم تكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة
اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان مجرد الدعوى لا
يثبت الحق بمجردها الذي رويناه وما سقط يلحق باهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد
قتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط
فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا
لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا
قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا عدوا فعلى ما بيناه
وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا
لابي يوسف وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما قتلت
ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف
على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف
عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما
وهذا عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية
بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة
وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة
الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد قال رضه وعلى هذا الاصل
يخرج كثير من المسائل من هذا الجنس لو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها
عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه
فكان متهما وعن ابي يوسف ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا يزادون على ذلك
لانهم اخرجوا انفسهم عن القسامة قال ومن جرح في قبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف لا قسامة ولا دية لان الذي حصل في القبيلة والمحلة ما دون النفس ولا
قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت
صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه وان لم يكن يحتمل
ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان
الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول ابي يوسف وفي قياس قول
ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا وجهي
القولين فيما قبله في مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة

فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة

ورثته

ورثته عند ابي حنيفة وقالا وزفر لا شيء فيه لان الدار في يده حين وجد الجريح فجعل كانه
قتل نفسه فيجعل هدرا ولابي حنيفة ان القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا
لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف
المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير
كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد
احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الاخر الدية وقال محمد لا يضمن لانه يحتمل انه قتله
فلا يضمن بالشك ولابي يوسف ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان
التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامراة فعند ابي حنيفة
ومحمد القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها اقرب القبائل اليها
في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من
كان من اهل النصرة والمراة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي
التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة قال المتأخرون ان المراة تدخل مع العاقلة
في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد رجل
قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب
الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية والله اعلم

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان
تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطا وكل دية وجبت بنفس القتل
على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه
في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عم في حديث حمل بن مالك للاولياء
قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور وكذا الذي
تولى شبه العمد نظرا الى الالة فلا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم
اجحاف واستئصال فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في تركهم
مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان
يؤخذ من عطاياتهم في ثلاث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين
كتبت اساميهم في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه
كان كذلك على عهد رسول الله ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب

قتل نفسه ويحتمل ان الاخر

ولنا قضية عمر رض فانه لما دون الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك
من الصحابة رض من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل
النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف والولاء والعد وفي عهد عمر رض قد
صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها
فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي
عن النبي عم ومحكي عن عمر رض ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج في كل سنة
مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث او اقل اخذ منها لحصول المقصود
وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية
قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل يؤخذ
منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة واذا
كان الواجب بالقتل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث
الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله في
ثلث سنين وقال الش ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف
لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا
فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطأ فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين
اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء
بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها من وقته
كما في ولد المغرور **قال** ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم
وهي المعتبرة في التعاقل **قال** وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة
دراهم في كل سنة وينقص منها قال رض كذا ذكر القدوري في مختصره وهذا اشارة
الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية
في ثلث سنين على ثلثة او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم
وثلث درهم وهو الاصح **قال** وان لم تكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل
نسبا وكل ذلك بمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات

الاخوة

الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء والابناء فقيل يدخلون لقربهم وقيل
لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما
يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع لذلك
اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب
ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا كله عندنا وعند الش يجب على
كل واحد نصف دينار فيسوي بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة
دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال
فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضي
بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة
العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل
سنة فكلما خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كانت تخرج في كل ستة
اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كان يخرج في كل شهر يؤخذ
من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد
القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق
في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه ايسر
اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر الاداء منه والاعطيات
ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم **قال** وادخل القاتل مع العاقلة
فيكون فيما يؤدى كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الش
لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا
قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء
عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية
ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رض لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة
ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان
والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا
لو كان القاتل صبيا او امراة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب
جزء من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض
لهما في العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عم **قال** ولا يعقل اهل مصر

وأهل مصر آخر يريد به إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده
ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل
مصر عن أهل سوادهم لأنهم أتباع لأهل المصر فإنهم إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى القرب في النصرة ومن كان منزله بالبصرة
وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار
بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيرها
وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيّنا، وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل
ومن جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه ونسبه
فالمصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل
الديوان قرابة، قيل هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم
أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء، وقيل تأويله إذا كان قريبا
لهم وفي الكتاب إشارة إليه حيث قال وأهل البادية أقرب إليه من أهل المصر وهذا لأن
الوجوب بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم
وهذا نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له به لا يعقله أهل المصر
لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا يعقلون عن أهل المصر النازل
فيهم لأنه لا يستنصر بهم وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم
قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات
لا سيما في المعاني العاصمة عن الأضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وإن لم تكن لهم عاقلة
معروفة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بيّنا أن
الوجوب على القاتل وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فإذا لم توجد بقيت عليه
بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام
لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر
لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة
واحدة قالوا هذا إذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة أما إذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف لانقطاع التناصر ولو
كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه
يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية

عن أبي يوسف لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة وصار كما لو تحول
بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب بعد القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو
المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال وكذا الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته وإذا
كان كذلك تتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما بعد القضاء لأن الواجب
قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها
تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء
عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب لأن في النقل إبطال الحكم الأول
فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان تقرير الحكم الأول لا
إبطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه
حتى استوطن البصرة قضي بالدية على أهل البصرة ولو كان قضي بها على أهل الكوفة
لم ينتقل عنهم وكذا البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية
على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم بخلاف ما إذا
كان قوم من أهل البادية قضي بالدية عليهم في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام
في العطاء حيث تصير الدية في أعطياتهم وإن كان قضى بها أول مرة في أموالهم
لأنه ليس فيه نقض القضاء الأول لأنه قضى بها في أموالهم وأعطياتهم أموالهم غير
أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء والأداء من العطاء أيسر إذا صار واحدا من
أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليه بأن كان القضاء بالإبل
والعطاء دراهم فحينئذ لا تحول إلى دراهم أبدا لما فيه من إبطال القضاء الأول
لكن يقضى ذلك من مال العطاء لأنه أيسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لأن النصرة
بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه
وقبيلته لأنه ولاء يتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر
في الولاء قال ولا تعقل العاقلة أقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر
فصاعدا والأصل فيه حديث ابن عباس موقوفا عليه ومرفوعا إلى رسول الله
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون أرش الموضحة
وأرش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولأن التحمل للتحرز عن الإجحاف ولا إجحاف
في القليل وإنما هو في الكثير والتقدير الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك
يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة

كما ذهب اليه الشافعي او العشيرة في ان لا يجب شيء على العاقلة الا ان يترك وارثا
روينا ولما روي ان النبي عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر
بدل الرجل على ما مر في الديات فادونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب
ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اعتبارا بالقياس **قال** ولا تعقل العاقلة
جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما روينا ولانه لا تناصر
بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم **قال** الا ان يصدقوه
لانه ثبت بتصادقهم والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ولو اقر بقتل خطأ ولم
يرفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم
يقضي لان التاجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار
اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته
بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم
ولم يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما
حجة في حقهما بخلاف العاقلة الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في
حق حصته مقر على نفسه وفي حق غيره مقر عليهم **قال** واذا جنى الحر على العبد فقتله
خطأ كان على عاقلته قيمته لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي
يجب في ماله لانه بدل المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس
من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد
قوليه تتحمله العاقلة كما ذكر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له
عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس بعضهم اخص من
بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت
المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب
الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف
على ما مر فاذا لم تكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان
نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام
بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة
الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان
ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا

في ثلث سنين

على

390

على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله
ولد حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لا ترجع عاقلة الام
لان ولاءه الى قوم ابيه قد ثبت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام
عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله ضمنت عاقلة الصبي الدية
رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثابتا بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثابتا باقراره
في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته لان الدية تجب مؤجلا بطريق
التيسير قال رضي الله عنه هذه عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة والاصل الذي تخرج عليه ان
حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاولى
قضي بها او لم يقض وان ظهر بسبب حادث كما في ولد الملاعنة تحولت الجناية الى الاخرى
وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يتبدل حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار
في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية وان لم يكن قضى
بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كانت العاقلة واحدة فلحقتها زيادة او نقصان
اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل يتأتى له

تخريج ما اورد عليه من النظائر والاضداد

كتاب الوصايا

باب

في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه **قال** الوصية غير واجبة
وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف
الى حال قيامها بان قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة
الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض وخاف
البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده
المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه
ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في قدر التجهيز والدين
وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو
قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم
تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير
اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى **قال** ولا تجوز بما زاد
على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن ابي وقاص الثلث والثلث كثير بعد ما نفى
وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال

والاول قد وجب حقهم الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك
تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق
من الايثار على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه
بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار
لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق
يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق
فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد
يظهر في حق القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق
فلو استند من كل وجه ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان
الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرنا وكل ما جاز
باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث
والصحيح قولنا لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض
فصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان
كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم
الميراث وقال الشافعي يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى لرجل ثم انه
قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه ما بيناه
ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز لان جنايته
باقية والامتناع لاجلها ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود
اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال
ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه
يتأذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه
ويعتبر كونه وارثا او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف
الى ما بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية
لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في
الحال فيعتبر ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما
رويناه ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز
بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر

للمسلم

للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني
لانهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة
الحياة فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم
الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها
الموصى له في حال الحياة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به
فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون
الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك
ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية
باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم
الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون
بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل منهما على فضيلة وهو
الصدقة او الصلة فيخير بين الخيرين قال والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر
وهو احد قولي الشافعي هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه
انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد
ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات الملك
لغيره الا بقبوله اما الوراثة فخلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع
من غير قبول قال الا في مسألة واحدة وهي ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل
القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا
ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه
الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف
لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل
الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم
على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم
الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها
قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي

اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه الى نفسه في نيل
الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره. ولنا انه تبرع والصبي ليس من اهله ولان قوله غير
ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم
مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا ويحرز الثواب بالترك على ورثته
كما بينا والمعتبر في النفع والضرر النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الاتفاق
اعتباره بالطلاق فانه لا يملكه ولا وصيته وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال
وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال
اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته فلا يملكه تنجيزا وتعليقا كما في الطلاق والعتاق
بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى
سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا يقبل التبرع
وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك
املكه فيما استقبل فهو حر ثم اعتق ثم ملك والخلاف فيها معروف وقد عرف في موضعه قال
ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما الاول
فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله والجنين صلح خليفة في الارث
فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها
تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود اذ الكلام
فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في
غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها
صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق
تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه
وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح
افراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن
الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع فيه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولان القبول
يتوقف على الموت والايجاب يصح ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح
بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة
لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه
يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك

صح

فاذا

فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب
زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بالسمن
والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها
لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته
بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف
اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما اذا باع العين الموصى بها ثم اشتراه او وهبه
ثم رجع فيه لان الوصية لا تنفذ الا في ملكه فاذا ازاله كان رجوعا وذبح الشاة
الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته عادة فصار هذا المعنى فيها اصلا وغسل
الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان
تقريرا قال وان جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد وقال ابو يوسف يكون
رجوعا حقيقة ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا
كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
قال ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لان
الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لان الذاهب المتلاشي
ولو قال اخرتها لا يكون رجوعا لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف
ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان
كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به
لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون
رجوعا عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر
ميتا حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة
كونها للثاني ولم يتحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
الموصي فهي للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال واذا اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند عدم
الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون
بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد

لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا صح

فيستويان في الاستحقاق صح

يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما يقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون
فيجعل الاقل سهما فصار ثلاثة اسهم سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر وان اوصى
لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما
وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث
الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين
الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة
واختيها وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ
لا نفاذ لها بحال فتبطل اصلا والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه كالمحاباة
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة
بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان
احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك
واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم
يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة ولو
اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد
الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به
فيجوز وقال زفر يجوز في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما ذكرنا
قال ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له
السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد
على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في
الوصية والاقل متيقن فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد
عليه عند عدم اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود
وقد رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم فيما روي ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياسا قال
السهم في اللغة عبارة عن السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا
قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية و
الورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك

المجلس

المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس
فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان
فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد
بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه
فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث
ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوى ما توي منه على الشركة
ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس
الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع
والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم بخلاف
الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقدما قال ولو اوصى بثلث
ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي
من الثياب هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد
فهو بمنزلة الدراهم وكذا الكيلي والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة
ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور
المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل
هو قول الكل لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع
والاول اشبه بالفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين
فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق
حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين
اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين بخس
في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما
يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد وعمرو
بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية فلا يزاحم
الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد ولجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله
نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف
ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال
ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان

ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ان ثم قال ثلث لي
لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق
الا نصف الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه
عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط
وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو
اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما
ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين فتبطل
بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح ان الوصية تصح
لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت
فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة
لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في
مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافته
الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه
شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه
لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا
اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلثه لامهات
اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلاثة ولكل فريق
سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين
جنسان وفسرناهما في الزكاة لمحمد ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان
نجد ذلك في القرآن ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه يتناول الادنى
مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة
والثلاثة للثلاث ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان و
للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى للمساكين له صرفه الى
مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بينا قال
ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث
كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلنا لاتحاد المال

فيصيب

وفي رواية عنه فكان من كل فريق اثنان وامهات
الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة والله اعلم

فيصيب كل واحد منهم ثلث مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائتين
ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على
مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان
علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن
تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا
منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث
دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا
والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم
فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم
بمقدار هذا الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الافراز يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة واذا عزل يقال لاصحاب
الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق
وصية في حق التنفيذ فاذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين
فيؤخذ اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا للاقرار كل فريق
في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك
لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف
الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في
الاول وبطل في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا
وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه
وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما
له فيصح في حق من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي
ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثباته بالوصف لانه

يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل
في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفيه
الانتقاض حصة احدهما ما لزم حصة الاخرين فيه وبطلانه قال ومن كان له ثلاثة
اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها
والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ومعنى جحودهم ان يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب
الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود
فبطل قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين فان سلموا زال المانع وهو الجحود
فيكون لصاحب الجيد ثلثا الثوب الاجود ولصاحب الاوسط ثلث الجيد وثلث الادون
ولصاحب الادون ثلثا الثوب الادون لان صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين
لانه اما ان يكون وسطا او رديئا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد
بيقين لانه اما ان يكون جيدا او وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل ان يكون الرديء هو
الرديء الاصلي فيعطى من محل الاحتمال واذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الادون لم يبق
الا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة قال واذا
كانت الدار بين رجلين فاوصى احدهما ببيت بعينه لرجل فانها تقسم فان وقع البيت
في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد نصفه للموصى له وان
وقع في نصيب الاخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد مثل ذرع نصف البيت له انه اوصى بملكه وبملك غيره لان الدار بجميع اجزائها مشتركة
فينفذ الاول ويتوقف الثاني وهو ان ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ
الوصية السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اقتسموها ووقع البيت
في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف البيت وان وقع في
نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته
كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به
حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل
بالقسمة ولهما انه اوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لان الظاهر انه يقصد الايصاء
بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر
ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة
تابع واما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الافراز

يصير

يصير كان البيت ملكه من الابتداء وان وقع في نصيب الاخر تنفذ في قدر ذرعان
جميعه مما وقع في نصيبه اما لانه عوضه كما ذكرنا او لان مراد الموصي من ذكر البيت
التقدير به تحصيلا للمقصود ما امكن الا انه يتعين البيت اذا وقع في نصيبه جمعا بين
الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع في نصيب الاخر عملنا بالتقدير او لانه اراد التقدير
على اعتبار احد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الاخر كما اذا علق عتق الولد
وطلاق المراة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق الولد وفي العتق
ولد حي ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة
يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له
وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت
وهو خمسة واربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان
الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فيصير السهام احد عشر سهما للموصى له
سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف وقيل لا خلاف
فيه لمحمد والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر
بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات
لا تصح وصيته ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لاخر بالف بعينه فاجاز صاحب
المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير
فيتوقف على اجازته فاذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما
اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة
لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوا سقط حقهم فنفذ من جهة
الموصي قال واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب
اوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهو قول زفر لان اقراره
وهذا الاستحسان والقياس ان يعطيه نصف ما في يده
بالوصية بمنزلة اقراره بوارث اخر وفيه التسوية فكذا هذا في اعطاء النصف
وجه الاستحسان انه اقر بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا بثلث ما في
يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا
بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم
للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الاخر به ايضا فياخذ
نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال واذا اوصى لرجل بجارية

ولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لأن الأم
دخلت في الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالأم فإذا ولدت قبل القسمة
والتركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل في الوصية فيكونان
للموصى له وإن لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث وأخذ ما يخصه منهما جميعا في قول
أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يأخذ ذلك من الأم فإن فضل شيء أخذه من الولد وفي
الجامع الصغير عين صورة فقال رجل له ستمائة درهم وأمة تساوي ثلاثمائة درهم فأوصى
بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلاثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الأم وثلث
الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا أن الولد دخل في الوصية تبعا
حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء
من غير تقديم الأم وله أن الأم أصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم الأصل فلو نفذنا
الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع لأن
تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاما صحيحا فيه إلا أنه لا يقابله
بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد إذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى
ينعقد العقد بدون ذكره وإن كان فاسدا هذا إذا ولدت قبل القسمة فإن ولدت
بعد القسمة فهو للموصى له لأنه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة **فصل**
في اعتبار حالة الوصية وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى لها بشيء أو وهب لها
ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة لأن الإقرار ملزم بنفسه وهي
أجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين إذا كان في حالة الصحة أو في حالة
المرض إلا أن الدين الثابت يؤخر عنه بخلاف الوصية لأنه إيجاب عند الموت وهي
وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف
إلى ما بعد الموت حكما لأن حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق
وعند عدم الدين تعتبر من الثلث **قال** وإذا أقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله أما الهبة والوصية
فلما قلنا إنه وارث عند الموت وهما إيجابان عنده أو بعده والإقرار وإن كان ملزما
بنفسه ولكن سبب الإرث وهو البنوة قائم وقت الإقرار فيعتبر في إيراث تهمة
الإيثار بخلاف ما تقدم لأن سبب الإرث الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجة
قائمة وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل موته لا يصح إقراره لقيام السبب حال

صدوره

صدوره **قال** وكذا لو كان الابن عبدا أو مكاتبا فأعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب
الإقرار إن لم يكن عليه دين يصح لأنه إقرار لمولاه وهو أجنبي وإن كان عليه دين
لا يصح لأنه إقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا أن المعتبر فيها وقت الموت
وأما الهبة فيروى أنها تصح لأنها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في
مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح **قال** والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إذا
تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لأنه إذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه
ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وإن
وهب عند ما أصابه ذلك ومات من أيامه فهو من الثلث إذا صار صاحب فراش لأنه يخاف
منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله أعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن أعتق عبدا في مرضه أو باع وحابى أو وهب فذلك
كله جائز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع أصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية
مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع أصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية
لأنها إيجاب بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك
ما ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لأنه يتهم فيه كما في الهبة
وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الإضافة
دون حالة العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحا فهو من
جميع المال وإن كان مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لأن بالبرء
تبين أنه لا حق لأحد في ماله **قال** فإن حابى ثم أعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة
أولى عند أبي حنيفة وإن أعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق أولى في المسألتين
والأصل فيه أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من أصحابها يضرب بجميع
وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق
بموت الموصي كالتدبير الصحيح والمحاباة في البيع إذا وقعت في المرض لأن الوصايا قد تساوت
والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وإنما قدم العتق الذي
ذكرناه آنفا لأنه أقوى فإنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي فإذا قدم ذلك فما بقي من الثلث
بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من أهل الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية
أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب
التقدم في الثبوت وله أن المحاباة أقوى لأنها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا

وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي

بعد . لا بصيغة والاعتاق لا يتنوع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف
وان وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو
حنيفة اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة
الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق ثم حابى
ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق
الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة
عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت وصية بحجة
يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها شيء وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة
وقال ابو يوسف ومحمد يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا
بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ
لغير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانه قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسألة
بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه
من غير الدعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير الدعوى
فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد
كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت
وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان
الامتناع لحقهم وقد اسقطوه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية
ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية على حق الموصي فكذلك
على حق الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا
خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة
كان الفداء في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية
بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث ماله لآخر فاقر الموصى له
والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث
اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء
او يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من
التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث

ينكر

ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية
بثلث المال وكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث
تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول
قوله مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له فيه او
يقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها
لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل
لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا
يعتق ولا يسعى في شيء لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام
واحد فصارا كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق
دين وله ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض
يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق في المرض اصلا الا انه
بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه
لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق الى تلك الحالة
لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات
الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال الآخر كان
لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء فصل
ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها
مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما
هو الاهم وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان
الظاهر انه يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج
وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد
وجه الاول انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان اولى
وجه الآخر ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ينابيع
ثم تقدم الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر
لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية
للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات

على البعض قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما اذا صرح
بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان منها لله تعالى وما كان للعبد فما اصاب
القرب صرف اليها على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع
كوصية واحدة لانه ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسه
مقصود فينفرد كما ينفرد وصايا الآدميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه
رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه من المال
ما يكفيه من بلده والوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه
ان يحج ماشيا فانصرف اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية
النفقة احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بحجة على صفة عدمناها
غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن
فيه ما ذكرناه وهو اولى من ابطالها راسا فقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق
من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من
بلده عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد يحج عنه من حيث بلغ استحسانا
وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية الحج وقع قربة
وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى فيبتدأ من ذلك المكان كانه
من اهله بخلاف سفر التجارة لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى
الحج من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب باب
الوصية للاقارب وغيرهم قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة وقالا هم
الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله
قياس لان الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار
ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان
ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا في
المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق
وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي الجوار الى اربعين
دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك والذكر والانثى
والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل
عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية

لكل

لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم
منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وكذا
يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان
الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر
يستحق الوصية وان كان في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية
ببقاء النكاح وهو شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج كل
ذات رحم محرم منه وكذا محارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي
عرفنا لا يتناول الاختان الا ازواج المحارم ويستوي فيه الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ
يتناول الكل قال ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه
ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة وقالا
الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول
اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة الاختلاف
تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان القريب مشتق من القرابة فيكون
اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصود
من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم المحرم منه
ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه
عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد
والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد
بما ذكرناه وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي بالاب الادنى قال
واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اعتبارا للاقرب
كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب ولو ترك عما وخالين فللعم
نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية
كما في الميراث بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد
فيحوز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك
عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي اقوى
والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا

ولو اوصى لذوي قرابته او لاقربائه او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع
ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان
فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف
وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني بأهلكم أجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة
يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة
قال ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها ولو اوصى
لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او
لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون
امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث تكون من جانب الاب والام ولو اوصى
لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في
الوصية فقراؤهم [واغنياؤهم] ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان
كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد
الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى
لشبان بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ
عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة
وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم
اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه
الاناث في قول ابي حنيفة اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث
ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث
تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول
الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية
بينهم والذكر والانثى سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة
فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك
بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه
فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر
انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة

ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما
لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى
والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض
ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية
تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون
لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر
لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي
وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف
انهم يدخلون والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء ومحمد يقول الجهة مختلفة
في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل
فيه موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه
باعتاق وجد منه بخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز
فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي
فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه موالي
لانهم ليسوا مواليه لا حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض
لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره او بغلتها سنين معلومة ويجوز ذلك ابدا لان
المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان
ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف
عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك
على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى
وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما قال
فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه
الورثة وان كان لا مال له غيره يخدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في
الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة
ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار
اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي

المهاياة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان تجوز ايضا ويكون
الكل لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من
ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى
له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر له مال اخر وتخرج الدار من الثلث وكذا
له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه
قال فان مات الموصى له عادت الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من
غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجاب
تعلق بالموت على ما بينا من قبل قال ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه
او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح
انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع
وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة
بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له
بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية ملك
المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وبغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية
لانها اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما
بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حالة
الحياة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان
التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل
والوصية تبرع غير لازم ~~ولا يملك الاقوى~~ الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع
بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست
بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة في عقد
المعاوضة وانما ثبتت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة
حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض
كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان
يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث لان
الوصية انما تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه

من خدمته فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل
العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة
فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان
بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل
القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل
ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك
ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة تبتنى على ثبوت الحق للموصى له
فيما تلاقيه القسمة اذ هو الملك ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة
بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة
لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل منهما شيئا معلوما عطفا
منه لاحدهما على الاخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة
فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا
اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر لان الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك فيهما
يثبت بعد الموت ولها نظير وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر وهي
تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها
من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل
كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الاخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول
محمد الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذا في اخواتها لابي يوسف ان بايجابه في
الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد
وهذا البيان منه صحيح وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة
الموصي فكان البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة
ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناولها وما في بطنها
واسم القوصرة كذلك وهذا لان العام عنده موجبه يثبت الحكم على سبيل الاحاطة
بمنزلة الخاص وقد اجتمعت في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة
فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجابه الوصية فيه للثاني رجوعا عن الاول كما
اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة
وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره

ولا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما إذا كان الكلام موصولا لأن ذلك دليل التغيير
أو الاستثناء فتبين أنه أوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال
ومن أوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وإن قال له
ثمرة بستاني أبدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وإن أوصى له بغلة بستانه
فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول
المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الأبد لأنه لا يتأبد إلا بتناول المعدوم
والمعدوم مذكور وإن لم يكن شيئا أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود
مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت
تتناولهما غير موقوف على دلالة أخرى أما الثمرة إذا أطلقت لا يراد بها إلا الموجود
فلهذا يفتقر الانصراف إلى دليل زائد قال ومن أوصى لرجل بصوف غنمه أبدا
أو بأولادها أو بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على
ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال أبدا أو لم يقل لأنه إيجاب عند
الموت فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذ وهذا بخلاف الغلة والثمرة لأن القياس
يأبى تمليك المعدوم لأنه لا يقبل الملك إلا أن في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع
بورود العقد عليها كالمعاملة والإجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق
الأولى لأن بابها أوسع أما الولد المعدوم وأختاه لا يجوز إيراد العقد عليها
أصلا ولا تستحق بعقد ما فكذا لا تدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لأنه يجوز استحقاقه
بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث لأن هذا
بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا وأما عندهما
فلأن هذه معصية فلا تصح عندهما قال ولو أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث
معناه إذا أوصى أن تبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث لأن الوصية فيها
معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين قال
ولو أوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند أبي حنيفة وقالا الوصية
باطلة لأن هذه معصية حقيقة وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة
لما في تنفيذها من تقرير المعصية ولأبي حنيفة أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن
نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء على اعتقادهم ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة

معصية

معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لأبي
حنيفة بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به أن البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك
الباني وإنما يزول ملكه بأن يصير محرزا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة
لم تصر محرزة لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولأنهم يبنون فيها الحجرات
ويسكنونها فلم يحرز لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضا لعدم
تحرزه بخلاف الوصية لأنه وضع لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير
ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل أن
وصايا الذمي على أربعة أقسام منها أن تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة
في حقنا وهو ما ذكرناه وما إذا أوصى الذمي بأن يذبح خنازيره ويطعم المشركين وهذا
على الخلاف إذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها إذا أوصى
بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما إذا أوصى بالحج أو بأن يبني مسجدا
للمسلمين أو بأن يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالإجماع اعتبارا
لاعتقادهم إلا إذا كان لقوم بأعيانهم لوقوعه تمليكا لأنهم معلومون والجهة مشورة
ومنها إذا أوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت
المقدس أو يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز سواء كانت لقوم بأعيانهم أو بغير
أعيانهم لأنه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم أيضا ومنها إذا أوصى بما لا يكون
قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات فإن هذا غير جائز
لأنه معصية في حقنا وفي حقهم إلا أن يكون لقوم بأعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا
وصاحب الهوى إن كان لا يكفر فهو بمنزلة المسلم في الوصية لأنا أمرنا ببناء الأحكام
على الظاهر وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي
حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الأصح أنه يصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف
المرتد لأنه يقتل أو يسلم قال وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فأوصى لمسلم أو ذمي بماله كله
جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا تنفذ بإجازتهم وليس
لورثته حق مرعي لكونهم في دار الحرب إذ هم أموات في حقنا ولأن حرمته باعتبار
الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان أوصى بأقل من ذلك أخذت الوصية
ورد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن أيضا ولو أعتق عبده عند الموت أو دبر
عبده في دار الإسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا إذا أوصى لمسلم

او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا يصح
عقد التمليكات منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي
يوسف انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة
المقام على السنة الا بالجزية قال ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته
لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى
بخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام
لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته باب الوصي
وما يملكه قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير
وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته
او بعد مماته صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله
حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه
قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور
فيه لانه يمكنه ان ينيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء
قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا من
تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت وينفذ
البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم
بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية
الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما
التوكيل انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنوب فلا يصح من غير علمه كاثبات الملك
بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما تقدم من الكتب وان لم
يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه
حين قال لا اقبل لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا
بالميت وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان
القاضي اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر
وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا
لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فكذا اذا نفذ اخراجه ثم لو قال بعد اخراج
القاضي اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال

ومن اوصى

ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا
اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية
باطلة قيل معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطل
حقيقة لعدم ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم
ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة
وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية
العبد على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي عن الوصاية ويقيم غيره
مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا
في اخراجه وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح
الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا
يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة وعندهما
لا يجوز وهو القياس وقيل قول محمد مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع
ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق ينافيها ولان فيه اثبات
الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب
لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب
مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا
ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب
والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي الى
ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى قال ومن اوصى الى من يعجز عن القيام
بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم
الآخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك
لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر
عند القاضي عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على
التصرف امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت
ومرضيه فابقاؤه اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى
ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي للقاضي

ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة
فالميت انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه ينوب
القاضي منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما ان يتصرف
عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها ان شاء الله تعالى
وقال ابو يوسف ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الاشياء لان الوصاية سبيلها الولاية
وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا
لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا
للموصي وقد كان بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص كل واحد
بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت بالتفويض
فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد وما رضي الموصي
الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة
وقد قامت بكل منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها
من كفو يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول
اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي
عليهما ولهما بخلاف الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية و
مواضع الضرورة مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في
شراء الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران والرفقاء في
الطريق عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا
ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء
الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكها المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس
حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى
الرأي وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة
في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول
الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية
وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في
التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال
وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا

كان

كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة
لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد
على الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على
الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد
لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما
جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم
القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند ابي يوسف الحي منهما وان كان يقدر
على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب
وصي آخر مكان الميت ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في
ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر
لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان
الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه برأي
المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة
الميت الاول عندنا وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا
بالتوكيل في حالة الحياة والجامع انه رضي برأيه لا برأي غيره ولنا ان الوصي يتصرف
بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة
للموصي تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل
اليه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت
له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه
قد تعتريه المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه
الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره
والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة ومقاسمته الورثة
عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا
بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته
عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له اما الموصى له فليس
بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير
مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي

كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله
ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث ما بقي
لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي
على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له
بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في
يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال ابو
يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا رجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع
بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء
وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه الوصي الذي قام مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية
الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها فاذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة ان
القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار كما اذا هلك
قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض
لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث
الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة
لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته
والقاضي نصب ناظرا لاسيما في حق الموتى والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب و
قبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل
قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم
مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته
فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان للغرماء حق
الاستسعاء اما هنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على
المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق العبد ضمن الوصي لانه
هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذا عهدة لان المشتري ما رضي ببذل الثمن
الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير بغير رضاه فيجب عليه
رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة
يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة وعند محمد انه

اولا

يرجع

يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه
يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي
او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء
اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة العامة وامينه سفير
عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب القضاء فان كانت
التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين اخر
قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه وقبض الثمن
فهلك الثمن واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة
بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم
فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية وان كان الاول املى
لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه
الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز
عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز
بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن
فك الحجر بخلاف الوصي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما
لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا
كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك
احوط ولو كتب جملة عسى ان يكتب الشاهد الشهادة في الشراء فيحترز عنه فيصير ذلك حملا
على الكذب ثم قيل يكتب اشترى من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا بأس بذلك لان
الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في
العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملكه
الوصي في غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسناه لما انه حفظ
لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه
قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد
وصي الاخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي
الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون
ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي

من فلان بن فلان ولا يكتب من

والجد احق لان الشرع اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيتقدم على وصيه
ولنا ان بالايصاء تنتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه
كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصي مع علمه بمكان الجد يدل على ان تصرفه انظر
لبنيه من تصرف ابيه **قال** فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه
واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب عليه في التصرف
لما بينا **فصل** في الشهادة واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان
معهما فالشهادة باطلة لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما **قال** الا ان
يدعيها المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة ووجه الاستحسان
ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما
فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي **قال** وكذلك الابنان
معناه اذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره
فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به **قال**
وان شهدا لوارث كبير في مال الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند
ابي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير تجوز في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية الحفظ
وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة
لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها **قال**
واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين
بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية الف درهم
لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وابو حنيفة فيما
ذكره الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد وجه القبول ان الدين يجب في الذمة
وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر
حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا
لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة
فتحققت التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق
الشركة **قال** ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت
اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه

ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله انه يثبت لهما ح

يوسف مع

اوصى

اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذا اذا شهد الاولان ان الميت
اوصى لهذين الرجلين بعبده وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث ماله
باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة والله تعالى اعلم واحكم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه **قال** واذا كان للمولود فرج وذكر
فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان
النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي مثله ولان
البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب
وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى على انه هو العضو الاصلي وان كانا
في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة
ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع فيترجح بالكثرة
وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر
واذا كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح **قال** واذا بلغ الخنثى
وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل او كان له
ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن
في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات
النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه **قال** الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه بالاحوط والاوثق
في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال** واذا وقف خلف
الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا تفسد
صلاتهم ولا النساء فتفسد صلاته لاحتمال انه رجل فان قام في صف النساء فاحب
الي ان يعيد صلاته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال فصلاته تامة ويعيد
الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة
قال واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلاته جلوس
المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد
ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع امرته ان
يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزأه ويبتاع له امة تختنه
ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان تختنه رجل

ان عساه انثى او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان لم يكن له
مال ابتاع الامام من بيت المال لانه معد لنوائب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها
في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان ينكشف
قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امراة وان يسافر من
غير محرم من الرجال توقيا عن احتمال الحرام وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم
لي بلباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد
يلبس لبس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شي
عليه لانه لم يبلغ قال وان حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت
خنثى لم يقع شي حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك قال ولو قال كل عبد لي
حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين
جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمشكل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امراة لم
يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل
قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان
حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل
ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو
احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه
وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيؤخر
عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع الرجل في قبر
واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان
كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش امراة فهو احب
الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي ان يكفن في خمسة اثواب لانه ان كان كما تكفن خ
انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلث ولا باس بذلك وان مات الثلاث خ
ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى
عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
انثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما على اثني عشر
سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة
وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى ثلاثة ارباعه فعند

الاجماع

الاجماع يقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلاثة وذاك يضرب باربعة فيكون سبعة
ولمحمد ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون المال
بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما يكون خ
نصفان لكل واحد ثلاثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان
للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان
ونصف فانكسر فتضعف ليزول الكسر فصار الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن
سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى
متيقن وفيما زاد عليه شك فاثبتنا المتيقن قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك فاوجبنا خ
فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا
هذا الا ان النصيب الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيبا لان في تلك الصورة يكون يكون خ
نصيبا وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام هي خنثى او امراة
واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعنده في الاول للزوج النصف وللام الثلث
ولا شي له وفي الثاني للمراة الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل للخنثى خ
النصيبين فيه مسائل شتى قال واذا قرئ على الاخرس كتاب وصيته فقيل له نشهد
عليك بما في هذا الكتاب فاومى براسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار
فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لان المجوز
انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش
من الاهلي في حق الذكاة والفرق لاصحابنا ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة
معلومة وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له
اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية
الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف الزوال
دون الاصلي فلا يتقاسيان وفي الابدة عرفناه بالنص قال واذا كان الاخرس
يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه و
يقتص له ومنه ولا يحد ولا يحد له اما الكتابة فلان الكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا
الا ترى ان النبي عم ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب
والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الاخرس اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب
مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم

كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوي فيه بمنزلة الكناية في الصريح بمنزلة صريح
الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام
غير مسموع فلا يثبت به الحكم وانما الاشارة فجعلت حجة في حق الاخرس في حق هذه
الاحكام للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد
تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله
تعالى ولانها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد
ايضا بالاشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط في الحدود
والقصاص من ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا ترى لو شهدوا بالوطء الحرام
او اقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بالقتل المطلق
يجب القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية
لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد
اما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة
لعدم الحاجة وذكر في كتاب الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب
عليه ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل ان يكون
مجازا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا
كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة
معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا انه لا يعتبر الاشارة
مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية ولا ضرورة لانه جمع هاهنا بينهما فقال اشار
او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد
في الاشارة وفي الاشارة زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لما انه اقرب الى النطق من
آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما او يومين لعارض لما بينا في المعتقل
ان آلة النطق قائمة وقيل في تفسير المعتقل اللسان قال واذا كان الغنم
مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت الميتة
اكثر او كانا نصفين لم يؤكل وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما في حالة الضرورة
يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة تحل له حالة الضرورة فالتي
يحتمل ان تكون ذكية اولى غير انه يتحرى لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة
فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت

المذبوحة

المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة
لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة
الا ترى ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح
التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف
ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم بالصواب.